

Jus Politicum

Revue de droit politique

Histoire constitutionnelle



INSTITUT
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit

VISIT...

LANZAROTE
Caliente.COM

Directeurs

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

Directeur de la publication

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

Fondateurs

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

Conseil de rédaction

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil),
Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Cécile Guérin-Bargues (Université Paris Nanterre),
Renaud Baumert (Université de Cergy-Pontoise),
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas),
Bruno Dageron (Université Paris-Descartes),
Quentin Epron (Université Panthéon-Assas),
Thibault Guilluy (Université de Lorraine),
Jacky Hummel (Université de Rennes 1),
Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas),
Elina Lemaire (Université de Bourgogne),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines),
Céline Roynier (Université de Cergy-Pontoise),
Christoph Schönberger (Universität Konstanz),
Adam Tomkins (University of Glasgow)
Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg)

Conseil scientifique

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaude (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveleux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

Secrétaire de rédaction

Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas)

Assistant d'édition

Martin Hullebroeck (Université Panthéon-Sorbonne et Université libre de Bruxelles)

Jus Politicum – Revue de droit politique

n° 22 (juillet 2019)

Hommage à Ernst-Wolfgang Böckenförde.....	3
Olivier Jouanjan : <i>L'État de droit démocratique</i>	5
La Constitution de l'an VIII	23
Sylvain Bloquet : <i>Les sources manuscrites de la Constitution de l'an VIII</i>	25
Emmanuel-Joseph Sieyès : <i>Premières Idées de la Constitution de l'an VIII</i>	45
Emmanuel-Joseph Sieyès : <i>Quatre projets de Constitution de l'an VIII</i>	73
Pierre-Louis Roederer : <i>Organisation d'un gouvernement représentatif</i>	91
Pierre-Louis Roederer : <i>Projets alternatifs</i>	101
Pierre Daunou : <i>Premier projet</i>	117
François de Chabaud-Latour : <i>Tableau de l'organisation sociale de la République française</i>	135
Le projet de loi constitutionnelle Thiers-Dufaure du 19 mai 1873.....	145
Jean-Félix de Bujadoux : <i>Le projet Thiers-Dufaure du 19 mai 1873. Un exemple inachevé de syncrétisme constitutionnel</i>	147
Adolphe Thiers et Jules Dufaure : <i>Projet de loi constitutionnelle du 19 mai 1873</i>	171
Varia	183
Adja Mbengue : <i>Propos sur l'empirisme procédural dans le contrôle de constitutionnalité a priori. Le cas des « portes étroites »</i>	185
Paolo Passaglia : <i>Le régime de l'exécution des décisions. Une faiblesse (apparente) de la Cour constitutionnelle italienne</i>	211
Maxime Renaudie : <i>L'évolution du concept de propriété au fondement de la protection sociale de marché aux États-Unis</i>	251
Notes de lecture.....	279
Aurélien Antoine : <i>Th. Guilluy, Du « self-government » des Dominions à la dévolution : recherche sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique</i>	281
Jérôme Couillerot : <i>St. Mouton (dir.), Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle</i>	293
Jacky Hummel : <i>P. Rolland, Un débat sous la Terreur. La politique dans la République</i>	305
Bernard Quiriny : <i>A. Le Pillouer (dir.), La protection de la constitution. Finalités, mécanismes, justifications</i>	311
Patrice Rolland : <i>T. Pasquiel-Briand, La réception de la Constitution anglaise au XIX^e siècle. Étude du droit politique français</i>	321

Mémoires 327

Annette De Moura : *Le système de gouvernement de Vichy à la lumière de la pratique institutionnelle*.....329

Alexandre Laborde-Menjaud : *Discours technique et techniques de discours en droit constitutionnel*.....397

Hommage à Ernst-Wolfgang Böckenförde

L'État de droit démocratique

I. URGENCE

En Europe, à ses frontières, et bien au-delà encore, ce que l'on appelle « démocrature » ou « démocratie illibérale » paraît connaître de beaux jours. Et ces beaux jours ne semblent pas être derrière elle. La démocratie dite « illibérale » pourrait bien avoir un avenir radieux. Elle séduit, sans distinction de bord, à droite comme à gauche. En Europe, elle attaque tout autant les vieilles et les nouvelles démocraties.

La chose n'est pas récente, bien sûr. Platon et Aristote, comme l'on sait, avaient montré cette pente ou tendance de la démocratie à se livrer en pâture, sans beaucoup résister, aux rhéteurs, flatteurs et autres démagogues. Le piège tient en ce que ceux-ci ne rejettent pas, ne critiquent pas, ne conspuent pas la « démocratie ». Tout au contraire, ils en promettent toujours une meilleure, une plus authentique. Ils promettent la « vraie » démocratie. Promesse impossible à tenir, mais si facile à faire.

II. CARL SCHMITT, THÉORICIEN DU POPULISME

Ce populisme moderne possède son théoricien, son constitutionnaliste de référence. Il s'appelle Carl Schmitt¹. À partir de 1922, avec son livre *La dictature*, puis son essai sur la situation actuelle du parlementarisme, dans sa *Théologie politique*, puis dans sa monumentale *Théorie de la constitution* (1928), celui-ci a développé une véritable philosophie politique et constitutionnelle du populisme « démocratique », de la « démocratie illibérale » : il n'employait pas cette dernière expression, pourtant celle-ci convient parfaitement dans la mesure où Schmitt met en scène l'opposition radicale, inconciliable, entre démocratie et libéralisme, avec les avatars de ce dernier que sont le parlementarisme, la représentation et l'État de droit².

¹ C'est sous le patronage de Carl Schmitt que la revue française d'extrême-droite *Éléments* (octobre-novembre 2018) consacrait récemment un dossier encensant « les nouvelles démocraties illibérales ». À l'extrême-gauche, cela fait une trentaine d'années que Chantal Mouffe recycle Schmitt au profit de son « populisme de gauche » : Ch. MOUFFE, « Penser la démocratie moderne avec et contre Carl Schmitt », *Revue française de science politique*, vol. 42, n° 1, 1992, p. 83-96 ; *Pour un populisme de gauche*, Paris, Albin Michel, 2018. Une inquiétante étrangeté : le nerf de ces discours d'extrême-droite et d'extrême-gauche est le même, l'État de droit « libéral » serait l'ennemi de la démocratie, conçu par Schmitt comme « identité des gouvernants et des gouvernés ».

² Cette opposition radicale est mise en scène dans les deuxième et troisième parties de sa *Théorie de la constitution* (trad. fr., Paris, PUF, 1993), consacrées respectivement à « la composante libérale de la constitution moderne » (l'État de droit bourgeois) puis à sa « composante politique » (la démocratie).

De manière académique, dans sa *Théorie de la constitution* de 1928, ou sous forme pamphlétaire, avec *Légalité et légitimité* de 1932, Schmitt met en scène le conflit qui déchirerait la Constitution de Weimar – et à travers elle tous les systèmes de « démocratie libérale » – entre le principe démocratique et le principe libéral de l'État de droit (bourgeois). La décision du pouvoir constituant en faveur de la démocratie est une décision de nature *politique*, quand l'exigence de l'État de droit manifeste cette propension bourgeoise à la dépolitisation, à la neutralité, la haine craintive du Bourgeois à l'égard du Politique et de la *décision*. Schmitt reprend la formule du catholique espagnol réactionnaire du XIX^e siècle, Donoso Cortés, qui fait de la bourgeoisie la « classe discutante », c'est-à-dire celle qui ajourne sans cesse la décision véritablement décisive. Elle s'arrange par *compromis*, le compromis étant pire que la non-décision, puisqu'il décide de ne pas décider, qu'il est la décision de la non-décision. Il signifie ainsi, pour Schmitt, ce qu'il y a de pire, à savoir une politique apolitique. La Constitution de Weimar serait un tel « compromis dilatoire » : de ce fait, elle ne pouvait être qu'une constitution non véritablement constitutive, puisque reposant sur deux principes contradictoires. Les constitutions libérales d'après 1945 ne sont pas autre chose : leur structure profonde est une contradiction, démocratie d'un côté, État de droit de l'autre.

L'opposition entre démocratie et État de droit est donc proprement *politique* au sens schmittien : l'État de droit (libéral) n'est pas seulement l'autre de la démocratie, il en est l'*ennemi*. Or l'on sait que, pour Schmitt, le Politique n'a pas d'essence, pas de domaine spécifique qui le démarquerait de la culture, de l'économie, etc., mais qu'il ne peut être déterminé que par un critère, applicable à tous les domaines de la vie sociale, le critère ami/ennemi. Ce critère détermine précisément l'opposition démocratie/libéralisme (État de droit) : la « neutralité » libérale-bourgeoise n'est pas neutre en vérité puisqu'elle a elle aussi son ennemie, la démocratie. Elle est une politique de dénégation du Politique, mais elle est politique tout de même.

Si, dans cette vision des choses, la vraie démocratie est politiquement et constitutionnellement l'opposé-même du libéralisme, la vraie démocratie ne peut être qu'« illibérale ».

III. PENSER AVEC SCHMITT CONTRE SCHMITT : ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE

Je m'appuierai ici essentiellement sur l'œuvre d'un des constitutionnalistes les plus importants de la République fédérale d'Allemagne, Ernst-Wolfgang Böckenförde. Il ne s'agira pas d'une exégèse de cette œuvre, mais d'une réflexion accompagnée et inspirée par cette œuvre, en même temps que d'un hommage rendu à la mémoire de l'homme et du penseur disparu le 24 février 2019³.

Né en 1930, jeune étudiant encore, Ernst-Wolfgang Böckenförde a lu, dans les années 1950, la *Théorie de la constitution* de Schmitt. Il en fut très impressionné. Il a rencontré Schmitt. Sa relation à Schmitt s'est approfondie avec les années. Nul ne

³ Je me permets de renvoyer aussi à l'hommage que la revue *Der Staat* – qu'Ernst-Wolfgang Böckenförde avait cofondée en 1962 – m'a également permis de rendre à cet auteur et d'en remercier l'actuel rédacteur en chef, le professeur Oliver Lepsius : O. JOUANJAN, « Demokratietheorie als Verfassungslehre », *Der Staat* 2/2019, p. 223 sqq.

le conteste⁴. Il est donc pour l'historiographie intellectuelle de la *Bundesrepublik* un « jeune schmittien ».

Il est avant tout catholique. Mais un catholique compliqué, indiscipliné qui fait irruption sur la scène politique allemande à l'âge de vingt-sept ans en critiquant sévèrement la politique de l'Église catholique pour lui demander de se rallier à l'éthos de la démocratie⁵. Puis, il œuvre à la réconciliation entre le Parti social-démocrate allemand et l'Église. Il adhère au SPD en 1967. Il est donc catholique, schmittien et/mais social-démocrate, c'est-à-dire social-libéral. Le philosophe Hermann Lübbe parlera des réceptions libérales de Schmitt⁶, une expression qu'on appliquera spécialement à Böckenförde⁷.

Cette formule pose cependant problème : que peut bien signifier, la « réception libérale » d'une pensée fondamentalement illibérale ? On devrait à tout le moins se poser cette question pour saisir une tension, voire une contradiction dans le rapport qu'entretient Böckenförde avec Schmitt. Et c'est précisément cette tension ou contradiction qui rend l'œuvre de Böckenförde particulièrement intéressante. Catholique compliqué et indocile, de même, il fut toujours un schmittien compliqué et fort peu docile. S'il appartient à l'Église, il ne fut l'homme d'aucune chapelle.

En 2000 a paru un recueil d'articles de Böckenförde que j'ai traduits avec l'aide d'Olivier Beaud et Willy Zimmer et présentés⁸. Böckenförde et moi avons alors discuté pendant plusieurs heures de la traduction et de la préface. Je lui ai demandé si j'avais eu raison d'insister non pas tant sur sa filiation schmittienne que sur un autre héritage intellectuel, celui du constitutionnaliste social-démocrate de Weimar Hermann Heller. Je ne pourrai ici présenter davantage l'œuvre de Heller. Celui-ci fut un critique acerbe de Schmitt, mais aussi de Kelsen et d'autres courants importants du droit public de Weimar : un auteur qu'il conviendrait de ramener au premier plan⁹. Böckenförde m'a donné raison : Heller est une source importante de sa

⁴ Il en fait lui-même le récit dans l'entretien autobiographique qu'il a donné en 2008 à Dieter Gosewinkel : E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft Politik Verfassungsgericht*, Francfort/Main, Suhrkamp, 2011, p. 307 *sqq.* (en part. p. 359 *sqq.*).

⁵ « Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirche » (1957), in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, 2^e éd., Berlin, Lit Verlag, 2007, p. 9 *sqq.* En 1961, il publie un article qui fit aussi polémique consacré à la position et à l'action de l'Église catholique allemande en 1933 : « Der deutsche Katholizismus im Jahre 1933. Eine kritische Betrachtung », in *ibid.*, p. 115 *sqq.*

⁶ H. LÜBBE, « Carl Schmitt liberal rezipiert », in H. QUARITSCH (dir.), *Complexio oppositorum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 427 *sqq.*

⁷ R. MEHRING, « Zu den neu gesammelten Schriften und Studien Ernst-Wolfgang Böckenfördes », *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 117, 1992, p. 449 *sqq.* (p. 450).

⁸ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2000. La traduction anglaise d'un nombre bien plus considérable d'essais de cet auteur paraît en deux volumes sous la direction de Mirjam Künkler et Tine Stein : E.-W. Böckenförde, *Constitutional and Political Theory*, vol. 1, éd. de M. Künkler et T. Stein, Oxford University Press, 2017. Le second volume est à paraître, chez le même éditeur.

⁹ H. HELLER, *La crise de la théorie de l'État*, éd. et prés. d'O. Jouanjan, Paris, Dalloz, 2012 ; O. JOUANJAN, « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? Le droit public de Weimar et la "querelle des méthodes et des approches" », in O. JOUANJAN et É. ZOLLER (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale, critique sociologique du droit*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 223 *sqq.* ; O. JOUANJAN, « Hermann Heller : penser l'État de droit démocratique social en situation de crise », *Civitas Europa*, n° 37, 2016, p. 11 *sqq.* ; O. JOUANJAN, « Lire Hermann Heller, théoricien de

propre pensée. Il le confirmera, en 2008, dans le long entretien avec l'historien Dieter Gosewinkel¹⁰. Dans cet entretien il précise n'être pas l'hagiographe de Schmitt, et surtout n'avoir jamais adhéré à sa conception de la démocratie¹¹ : sur cette question essentielle Hermann Heller occupe la première place.

On comprendra pourquoi l'on a rapidement rappelé l'opposition schmittienne radicale entre démocratie et État de droit. En effet, l'œuvre du « schmittien libéral » Böckenförde doit se comprendre comme l'une des tentatives les plus profondes et les plus intéressantes pour penser du point de vue de la théorie constitutionnelle l'État de droit démocratique. Il s'agit aussi, à partir d'une théorie informée par l'histoire des idées et des institutions, de penser la combinaison constitutive établie par la Loi fondamentale de 1949, à savoir le lien conceptuel, la cohésion intime entre État de droit, démocratie et État social. Faute de place, l'on n'abordera pas ici cette dernière question, celle de l'État social qui pose, dans son rapport à l'État de droit notamment, certaines difficultés spécifiques auxquelles s'est aussi confronté le social-démocrate Böckenförde. En tout état de cause, penser l'État de droit démocratique, cela veut dire justement : penser *contre* Carl Schmitt.

IV. UN MYTHE DÉMOCRATIQUE ET SON IDÉOLOGIE

En 1983, Böckenförde publie un essai très remarquable : *Démocratie et représentation. Pour une critique du débat contemporain sur la démocratie*¹². La critique qu'il adresse au débat contemporain – qui ne nous est certainement pas moins contemporain aujourd'hui – tient en ceci : dans cette discussion, on postule, souvent de manière implicite, un concept de la démocratie qui est non pas un concept descriptif, mais un concept idéal et donc normatif de la démocratie, le concept de la « vraie » démocratie. Or ce concept d'une pure démocratie n'est pas seulement impraticable – la pure démocratie ne serait pas possible, ou à tout le moins difficile à mettre en œuvre pour des raisons pratiques – ; il est également théoriquement inconstructible et donc inadmissible.

Cet idéal de la pure démocratie, c'est celui que Böckenförde appelle la conception « immédiate-identitaire » de la démocratie. Immédiate : le peuple, immédiatement présent à lui-même, devrait, en pure démocratie, vouloir immédiatement pour lui-même. Identitaire : si le peuple veut immédiatement pour lui-même, alors il y a identité parfaite entre gouvernants et gouvernés, cette identité qui, selon Schmitt, caractérise la politique démocratique.

Or, cet idéal démocratique, dont la réalisation passerait par une pleine et entière démocratie directe, ne peut qu'être toujours déçu par les démocraties réelles. À

l'État sous Weimar », in B. KARSENTI et D. LINHARDT (dir.), *État société politique. Approches sociologiques et philosophiques*, Paris, Éd. de l'EHESS, 2018, p. 41 sqq.

¹⁰ « La clé de ma pensée ne se trouve pas seulement chez Carl Schmitt, mais tout autant chez Hermann Heller » : entretien avec Dieter Gosewinkel, *Wissenschaft Politik Verfassungsgericht*, op. cit., p. 378.

¹¹ « Dans son œuvre [celle de Carl Schmitt, OJ], j'ai toujours recherché ce que je pouvais reprendre et accepter. Sa critique de la démocratie ou du parlementarisme, vous ne la trouvez pas chez moi. » : entretien avec Gosewinkel, *Wissenschaft Politik Verfassungsgericht*, op. cit., p. 361.

¹² E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 294 sqq.

l'aune d'un tel idéal on ne peut jamais que constater partout des « déficits démocratiques ». À l'aune d'un tel idéal impossible, on ne peut conduire une critique *rationnelle* des démocraties existantes, de leurs institutions, de leurs procédures ou de leurs réalisations. À l'aune d'un tel idéal, on ne peut qu'adopter une *posture idéologique* à l'égard des systèmes démocratiques réels. À l'aune de ce mythe de la démocratie, si puissant par ailleurs, on ne peut davantage participer à un *débat public rationnel à l'intérieur des démocraties effectives*, d'une part parce que celles-ci sont récusées d'emblée comme insuffisamment démocratiques voire antidémocratiques et, d'autre part, pour cette raison simple que l'idée même de discussion (et donc de pluralisme) se heurte à l'identité postulée et fantasmée¹³.

Cet idéal démocratique, qui est d'abord un mythe, est aussi et plus dangereusement une idéologie. Comme toute idéologie, elle masque les réalités essentielles. La première des réalités que masque cette idéologie, c'est qu'il n'existe pas de volonté du peuple parfaite en elle-même et par elle-même, une volonté qui, d'elle-même, s'exprimerait pour dire ce qu'il en est de la loi ou de la décision politique. Il peut bien y avoir des sentiments, des tendances, des désirs plus ou moins partagés, mais toujours pluriels et au moins passablement divergents : il n'y a aucune volonté immédiate du peuple. Transformer cette agrégation disparate d'aspirations qui ne sont d'ailleurs jamais pleinement conscientes d'elles-mêmes en une volonté politique, cela suppose toujours une « mise en forme » (*Formung*)¹⁴.

J'ajoute les considérations suivantes. Tout d'abord, cette mise en forme, qui suppose une procédure juridique, aboutira nécessairement à ce que la volonté dominante, agrégeant en elle les sentiments, tendances et désirs prépondérants au sein d'une communauté politique, domine bel et bien les sentiments, tendances et désirs minoritaires. Or, cela veut bien dire que, pour ces derniers il n'y aura pas, certainement pas, d'identité entre gouvernants et gouvernés. En vérité, la démocratie, aussi « directe » qu'elle puisse être, n'évacuera jamais la domination, la *Herrschaft*. Elle est seulement une certaine forme de domination (*Herrschaftsform*). Et l'important tient ici dans la *forme*.

Identité des gouvernants et des gouvernés ? Une telle identité supposerait, à tout le moins, une volonté unanime. Un peuple démocratique, ou plus sobrement, une société démocratique peut-elle être unanime ? Sûrement pas. Ce serait une société *totale*, autrement dit une société unanimisée, *totalisée* par des puissances non démocratiques, qu'on peut appeler totalitaires. La démocratie comme identité des gouvernants et des gouvernés n'est qu'un mythe idéologique, même dans une démocratie qui serait intégralement *directe*. Mais c'est un mythe dont la tendance, infiniment dangereuse, nourrie par l'illusoire idée d'identité, est précisément de nier la condition même de la démocratie, à savoir le désaccord, le débat, l'opposition minorité/majorité et de susciter le désir du peuple unanime, du peuple total : en démocratie, la question n'est pas seulement de savoir comment d'une pluralité

¹³ Ce que souligne à juste titre J.-W. MÜLLER, *Qu'est-ce que le populisme ?*, Paris, Folio-Essais, 2017, p. 23 *sqq.*

¹⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Démocratie et représentation », *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, *op. cit.*, p. 297.

faire l'unité politique – question hobbesienne par excellence – mais aussi de savoir comment cette unité même peut garantir la pluralité et donc le pluralisme¹⁵.

L'identité démocratique fantasmée de Schmitt et des autres idéologues de la démocratie autoritaire (pour l'appeler de son vrai nom positif plutôt que par la litote de l'illibéralisme) supposerait « à tout le moins » la volonté unanime du « peuple ». « À tout le moins », car l'unanimité, même si elle pouvait être une fois donnée, ne suffirait pas : il faut encore qu'elle dure un certain temps pour faire une politique. La question du temps politique est évacuée du concept schmittto-populiste de la démocratie *immédiate*, alors qu'elle est essentielle pour la philosophie politique moderne. Il faut prendre très au sérieux cette remarque de Hobbes : dans l'état de nature, il n'y a aucune mesure du temps¹⁶. Le temps des hommes doit être *institué*¹⁷, il suppose une forme politique et, dans le monde moderne, la forme de l'État et donc le droit de l'État. Même les mouvements révolutionnaires inventent leurs institutions transitoires, passé le moment de l'émeute. La conception immédiate-identitaire de la démocratie, imposée contre le droit de l'État de droit, fuyant la question de l'institutionnalisation, ne peut imaginer de volonté populaire qu'en fusion n'imprimant à la vie humaine que le rythme syncopé de l'insécurité. Prise au pied de la lettre, en toute rigueur, une politique démocratico-populiste ne peut s'échapper de ce que Schmitt appelle « la forme naturelle de la manifestation directe de la volonté d'un peuple » qui est « le cri d'approbation ou de refus de la foule rassemblée¹⁸ ». Il convient de la souligner : le *demos* ici devient *foule*.

Dès qu'elle adopte une autre manière que celle de la foule, la volonté populaire a besoin de cette « mise en forme », cette *Formung* sur laquelle insiste Böckenförde, qui n'est possible que par et dans le droit de l'État. Les populistes – et Schmitt le premier – le savent bien. Mais leur pseudo théorie de la démocratie ne vise aucunement à dire quelque vérité que ce soit de la démocratie, seulement à masquer les vrais pouvoirs des chefs qui, une fois acclamés, n'auront de cesse que de garantir leur propre position de chef par un « droit », qui certes ne sera pas celui de l'État de droit. De sorte que l'on peut naïvement poser une question simple mais logiquement déduite de cette conception immédiate-identitaire : le droit de l'État autoritaire (totalitaire, peut-être) du chef serait-il, pour sa part, l'ami de la démocratie dont le droit de l'État de droit serait l'ennemi ?

Ce qui frappe et effraie, c'est de constater combien ce mythe, aussi indigent quant à ses fondements rationnels que dangereux dans ses conséquences politiques, travaille en profondeur nos sociétés modernes, techniques, froides, rationnelles. Il ne faut jamais oublier que, dans la structure de la pensée totalitaire moderne, l'État total présuppose le peuple total, et que ce peuple total est le peuple fantasmé d'une représentation perverse. Or la conception identitaire-immédiate de la démocratie opère avec la même représentation pour laquelle la soi-disant « vraie » démocratie ne saurait être que la « démocratie » totale du peuple total.

¹⁵ Jan-Werner Müller rappelle un puissant propos de Claude Lefort : « En démocratie, le nombre décompose l'unité de la substance » (cité dans *Qu'est-ce que le populisme*, op. cit., p. 24).

¹⁶ Th. HOBBS, *Léviathan*, chap. 13.

¹⁷ Voir les fortes réflexions de François Ost dans *Le temps du droit* (Paris, Odile Jacob, 1999).

¹⁸ C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 219.

*
**

Les mécanismes dits de démocratie directe ne peuvent donc pas être la garantie d'une démocratie *identitaire*. Ils ne sont pas davantage la garantie d'une démocratie *immédiate*. Tous les mécanismes de démocratie directe, même l'initiative populaire, le *recall*, et bien sûr davantage encore le référendum reposent sur des normes qui déterminent les conditions de participation à la votation – le corps électoral est-il purement et simplement le peuple ou n'est-il pas déjà une sorte de *représentation* de celui-ci ? – et un pouvoir déclencheur de la procédure qui doit lui-même être *institué*, même dans les formes possibles de l'initiative citoyenne.

Ce pouvoir déclencheur est toujours celui d'une minorité. C'est cette minorité qui formule la question, le texte ou détermine l'élu qui sera l'objet de la votation. La volonté populaire est donc médiatisée par un pouvoir minoritaire. Son expression est organisée par une procédure. La décision prise en la forme de la votation n'est donc pas l'expression immédiate, ni directe, de la souveraineté populaire. Il se loge, même dans les procédés considérés comme les plus directs de la démocratie, ce que Böckenförde appelle une « structure représentative cachée¹⁹ ».

De multiples médiations travaillent en vérité la démocratie dite « directe ».

Il ne s'agit pas ici d'une critique de ces procédés ou de leur légitimité. Il s'agit d'une critique du concept, de la conception de la démocratie qui en rend compte comme procédés de « démocratie directe », de la conception immédiate-identitaire de la démocratie. Il n'y a pas de démocratie sans certaines formes de représentation, sans médiations représentatives. Le dire, ce n'est pas rejeter les mécanismes de votation populaire, c'est seulement rejeter les illusions auxquelles on nous demande de croire les concernant. On a bien le droit de n'être pas naïf.

V. CE QU'ÉTAT DE DROIT VEUT DIRE

Le concept d'État de droit souffre au fond d'un problème similaire. On le rattache à une certaine idée qui, précisément, n'est pas seulement pratiquement impossible, mais tout autant théoriquement biaisée et fausse. À partir de là se construit aussi un mythe idéologique de l'État de droit.

Conformément à ce mythe, l'État de droit serait « un gouvernement de lois et non pas d'hommes²⁰ ». Il serait soumission au droit, règne du droit, « *rule of law* ». Partant, avec l'avènement de la justice constitutionnelle, on voit « la politique saisie par le droit²¹ ». La constitution serait devenue « normative », normative par

¹⁹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Démocratie et représentation », *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, op. cit., p. 299.

²⁰ Selon la définition célèbre de la *rule of law* proposée par le président des États-Unis John Adams, reprenant en fait une formule de James Harrington – « *empire of laws, not of men* » –, empruntée au début du célèbre *Commonwealth of Oceana*, Harrington qui renvoie lui-même à Aristote et Tite-Live. Il s'agit d'un idéal grec ancien dont on trouve déjà trace chez Hérodote : J. KRYNEN, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Paris, Gallimard, 2018, p. 117.

²¹ L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988.

elle-même, d'elle-même²². Autant de naïvetés qui ne voient pas que tout droit pré-suppose une politique et que toute politique présuppose un droit, si, comme l'écrit Hermann Heller, « au caractère créateur de pouvoir du droit correspond le caractère créateur de droit du pouvoir²³ ».

Le problème commun à toutes ces manières habituelles de parler, même chez les juristes, est que l'on fait du droit une instance séparée, autonome et comme située au-dessus du monde politique des hommes. Comme si le droit fonctionnait par lui-même. Comme si le droit avait une essence propre et apolitique. On s' imagine un droit qui serait pure idéalité qui pourrait ramener la politique à la raison pure. On ne s'aperçoit pas que ce qu'on appelle « le droit » est une *fiction*.

L'État de droit, pensé selon un tel mythe du droit, serait alors effectivement l'État de droit « neutre » (et bourgeois) au sens de Schmitt. Et l'on devrait donner raison à Schmitt, État de droit et démocratie s'opposent radicalement.

Mais Schmitt lui-même – et l'on peut lui accorder ce point – avertissait : une norme ne s'applique pas elle-même. Il n'y a pas de « constitution normative » *en tant que telle*, car un texte constitutionnel ne s'applique pas de lui-même, par lui-même. Comme l'écrit le théoricien du droit Friedrich Müller, aucun texte ne *contient* de norme²⁴. Ce qui norme juridiquement un comportement humain, c'est la décision d'hommes, institutionnellement organisés, interprétant et concrétisant pour le cas d'espèce un texte en lui-même privé de force normative. La norme, qui règle un cas, une situation, présuppose un processus institutionnel et donc humain de normativisation. Le gouvernement des lois reste toujours un gouvernement des hommes.

Cela ne veut pas dire que la notion d'État de droit serait privée de sens. Mais il faut la comprendre comme État de justice – une autre expression schmittienne – non pas au sens où la justice serait une instance au-dessus de la politique ou du politique, mais un véritable pouvoir qui doit être ramené au sein d'un système constitutionnel d'équilibre ou, comme l'on dit, de séparation ou division du pouvoir.

Dans son livre, *La Révolution des pouvoirs*, Marcel Gauchet montre bien l'intense débat qui s'est déroulé en France autour de la nécessité d'établir, pour modérer l'affrontement toujours possible entre l'exécutif et le législatif, un « pouvoir équilibrateur » ou « équipondérateur »²⁵. Au XIX^e siècle, la pensée libérale a de plus en plus désigné le juge comme devant assumer cette fonction et ce pouvoir, notamment en Allemagne, chez les auteurs qui ont précisément mis en avant l'expression et la notion d'État de droit²⁶.

L'incompréhensible coquetterie, privée de toute justification conceptuelle véritable, et qu'on rencontre en France, qui entend parler de la justice comme d'une *autorité* et non comme d'un *pouvoir*, ne peut rien entendre de la logique propre de l'État de droit. L'État de droit est lui aussi une certaine forme de domination des

²² É. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, PUF, 1999.

²³ H. HELLER, *Staatslehre, id., Gesammelte Schriften*, 2^e éd., t. 3, Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, p. 300.

²⁴ Fr. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, trad. fr., Paris, PUF, 1996, not. p. 168 *sqq.*

²⁵ M. GAUCHET, *La révolution des pouvoirs*, Paris, Gallimard, 1995, p. 137 *sqq.*

²⁶ O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

hommes par les hommes. Et de ce point de vue, à nouveau, les questions de forme sont premières. On comprend pourquoi l'État de droit impose qu'il existe un certain système d'équilibre des pouvoirs, une « séparation des pouvoirs » qui en est la condition, c'est-à-dire une certaine répartition des fonctions et compétences entre les autorités instituées comportant aussi des mécanismes et attributions de contrôle. On comprend également pourquoi certaines libertés fondamentales doivent être constitutionnellement garanties si c'est l'État en tant que tel et dans son ensemble qui doit être *de droit*, c'est-à-dire considéré, non pas seulement comme État exécutif et administratif, mais aussi en tant qu'État législatif. On comprend que cette garantie doit pouvoir être exercée devant un juge selon des procédures effectives, soumettant au droit, c'est-à-dire à la justice, les actes législatifs, exécutifs et administratifs. Mais on comprend enfin et surtout qu'il s'agit de ne pas s'illusionner : l'État de droit ne supprime pas la domination, le « gouvernement des hommes », ni d'ailleurs ni mieux que la démocratie. La querelle, théoriquement si faible et médiocre, sur le « gouvernement des juges », qui ne peut reposer que sur l'idéologie d'un droit pur masque le fait que les juges – les juges constitutionnels au premier chef, mais pas seulement eux – participent nécessairement, par leur fonction, au « gouvernement » des hommes, le génitif étant ici tout autant subjectif (gouvernement par des hommes) qu'objectif (gouvernement sur des hommes). Parce que cette justice est une justice de l'État et dans l'État.

À partir de là, la clé de tout État de droit tient dans le statut de la justice. Celle-ci ne saurait équilibrer les rapports entre l'État et les citoyens – tout en participant elle-même à et de l'État – qui dépendent au premier chef de l'action de l'exécutif et du législatif, de leur entente comme de leurs possibles conflits, si cette justice se trouvait sous la dépendance de ces pouvoirs ou de l'un d'entre eux. L'indépendance de la justice est donc la condition première de tout État de droit.

On peut faire ici une remarque. Kelsen n'aimait guère l'expression État de droit. Mais lorsque, entre les deux guerres mondiales, il propose et conseille aux pays d'Europe continentale l'établissement d'une juridiction constitutionnelle, il le fait non pas afin d'assurer la garantie des droits fondamentaux, mais pour sauvegarder la logique institutionnelle décrite ci-dessus. Il ne dit certainement pas que la sentence du juge serait comme l'oracle révélant la vérité d'un droit supérieur. Il faut rappeler que l'entreprise de la *Théorie pure du droit* s'est d'abord affichée expressément, dans la première édition de 1934 de l'ouvrage, comme *Ideologiekritik*, critique de l'idéologie²⁷ : auteur d'une *théorie pure*, Kelsen n'est pas l'idéologue du *droit pur*. Aussi son « modèle de justice constitutionnelle » n'a pas pour objet ni même ne saurait avoir pour effet certain de garantir l'impossible vérité des droits de l'homme mais bien plutôt les *formes* fédérales – lorsqu'elles existent – et démocratiques de l'État. Dans son essai célèbre de 1928, « La garantie juridictionnelle de la constitution », cette garantie tient non pas dans une idéologie du juge « bouche de la constitution », mais seulement dans la forme juridictionnelle qui doit être donnée à l'organe chargé des fonctions de justice constitutionnelle²⁸. C'est l'indépendance et les garanties d'impartialité qui donnent à cette justice sa signification dans l'équilibre général des pouvoirs.

²⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1^{re} éd., 1934), rééd. par Mathias Jestaedt, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

²⁸ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *Revue du droit public*, 1928, p. 197 sqq., not. p. 223 sqq., p. 252 sqq.

C'est donc la forme juridictionnelle qui donne sa signification et sa valeur à la cour constitutionnelle, et il est certain qu'une forme ne saurait garantir la vérité ni la qualité *substantielle* du droit dit par cette cour, elle ne garantit pas que l'interprétation faite par cette cour soit « meilleure », « plus proche de la vérité » que l'interprétation constitutionnelle d'un organe exécutif ou législatif. Il ne s'agit pas d'un défaut dans le montage institutionnel de l'organe. La raison est plus simple et plus radicale : il n'y a pas de vérité substantielle du droit²⁹.

VI. L'ÉTAT DE DROIT CONDITION DE LA DÉMOCRATIE MODERNE

Démocratie et État de droit sont deux concepts distincts. Ils ne signifient pas la même chose. La notion de démocratie se rapporte à la question du sujet de légitimation du pouvoir politique. La notion d'État de droit concerne les limites procédurales et substantielles à l'exercice du pouvoir.

Parce que ces concepts ont des objets différents, ils ne peuvent certainement pas s'opposer logiquement terme à terme. C'est la faute logique de Carl Schmitt. Mais pour la même raison, ils ne se confondent pas davantage. Si l'on considère l'histoire du concept d'État de droit, telle qu'elle s'est d'abord développée dans l'Allemagne du XIX^e siècle, celui-ci était précisément censé pouvoir et devoir s'appliquer à des régimes qu'on ne pouvait en rien considérer comme étant démocratiques, puisqu'il s'agissait de monarchies constitutionnelles, simplement limitées, aristocratiques et censitaires³⁰. La démocratie n'est donc pas une condition de l'État de droit.

Je souhaite cependant montrer que, à l'inverse, l'État de droit, bien compris, est une condition de la démocratie moderne.

Une importante remarque préalable doit être faite : on parle ici de la démocratie *moderne*. On fausse complètement l'analyse lorsque l'on entend opérer avec un concept anhistorique, universellement valable de la démocratie. Si l'on prenait vraiment au sérieux un tel concept universel et anhistorique de la démocratie, on se rendrait alors enfin compte que la cité athénienne classique ne peut en aucun cas être qualifiée de « démocratie » en ce sens : elle était mais bien plutôt l'aristocratie des *citoyens*, les citoyens désignant une minorité privilégiée de la population, celle qui bénéficie des droits de cité.

La démocratie moderne, c'est la démocratie de l'État moderne. Il n'est évidemment pas question ici d'esquisser une généalogie de l'État moderne en Europe. Il y a sur le sujet une littérature immense. Il suffira d'insister, avec Böckenförde, sur ce que l'on peut appeler le problème structurant de l'État moderne.

La théorie pratique et juridique de l'État est fixée avec la Révolution française et, de la façon la plus claire, par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Les « idées ordonnatrices » (*Ordnungsideen*) de la politique moderne, telles qu'elles s'expriment dans la Déclaration – les principes d'égalité devant la loi, de liberté individuelle et de propriété privée pris dans leur cohérence d'ensemble – circonscrivent une sphère d'autonomie individuelle et libère ainsi les individus et

²⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la 2^e éd par Ch. Eisenmann, rééd. Paris, Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1999, p. 338 sqq.

³⁰ *Figures de l'État de droit*, op. cit. ; E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Naissance et développement de la notion d'État de droit », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 127 sqq.

leurs énergies des liens communautaires traditionnels³¹. Ces principes établissent ce que Georg Jellinek appellera une sphère « *staatsfrei* », libre à l'égard de l'État³².

Ce faisant ils instituent une distinction, et une séparation du moins relative, entre l'État et ce que l'on appelle désormais la « société civile », entre la sphère politique et ce que Hegel désignera comme étant la « sphère des besoins ». La « société », comme le dira le jeune Marx de la *Question juive*³³, n'est plus « *immédiatement* politique » (je souligne) : sa dimension la plus immédiate est économique au sens large.

Il y a un dédoublement, une division, une « scission », ce que Hegel nomme *Entzweiung*. Pour Böckenförde, qui a participé à Münster dans sa jeunesse au *Collegium philosophicum* de Joachim Ritter, le pape des études hégéliennes à l'époque³⁴, qui a longuement médité l'œuvre du jeune hégélien Lorenz von Stein et notamment son *Histoire du mouvement social en France depuis la Révolution française*³⁵, la scission, l'*Entzweiung* est le problème structurant de la politique et donc de l'État modernes.

C'est un *problème*, car cette scission ne peut être purement et simplement effacée ou « réduite » comme on le dit d'une fracture. Au XX^e siècle, les tentatives politiques pour supprimer cette scission ont caractérisé les totalitarismes, qu'ils soient d'obédience fasciste ou communiste. Ainsi, le concept de « communauté » (totale) des nazis visait à supprimer toutes les « séparations » et, avant tout, celle qui mettait face à face depuis la Révolution l'État et la société³⁶. Non seulement le concept de « société » (opposé à « communauté ») avait perdu toute valeur, mais il en allait de même du concept d'État³⁷. C'est la structure politique de la modernité en tant que telle qui était ainsi remise radicalement en question.

Il faut ici un mot rapide sur Rousseau. Tout aussi « immédiate » que soit la démocratie rousseauiste, celle-ci présuppose tout autant, comme une donnée indépassable, la scission entre le citoyen qui participe à la loi et le sujet soumis à la loi³⁸. Or, c'est précisément dans l'acte délibératif au sujet de la loi, par lequel tous statuent sur tous³⁹, que s'effectue l'indispensable médiation et réconciliation relative : l'homme et ses intérêts particuliers reste un homme distinct, scindé du citoyen qu'il est par ailleurs, c'est-à-dire dans la délibération démocratique, il est le même en même temps qu'un autre⁴⁰. Donc même chez celui en qui l'on voit le chantre de la

³¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Die sozialen und politischen Ordnungsideen der Französischen Revolution », du même, *Staat Nation Europa*, Francfort/Main, Suhrkamp, 1999, p. 11 *sqq.*

³² Parmi de nombreuses autres références : G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Fribourg-en-Br., Mohr (Siebeck), 1892, p. 80.

³³ K. MARX, *La question juive*, Paris, 10/18, 1968, p. 41.

³⁴ J. RITTER, v° « Entzweiung, entzweien », *Historisches Wörterbuch der Philosophie online*.

³⁵ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Lorenz von Stein, théoricien du mouvement de l'État et de la société vers l'État social », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, *op. cit.*, p. 148 *sqq.*

³⁶ O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017, p. 174 *sqq.*

³⁷ *Ibid.*, p. 164 *sqq.*

³⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre I, chap. 6.

³⁹ *Ibid.*, Livre II, chap. 6.

⁴⁰ « En effet, chaque individu peut, comme homme, avoir une volonté particulière contraire ou dissemblable à la volonté générale qu'il a comme citoyen » (*ibid.*, livre I, chap. 7).

démocratie immédiate-identitaire, la scission reste un problème qu'on ne peut ici qu'esquisser.

Si la société civile moderne n'est plus *immédiatement* politique, elle doit cependant l'être *médiatement*. La séparation entre État et société civile ne peut être que *relative*, car l'État est l'État d'une certaine société et une société civile, une société assujettie à un certain État. Le problème de la scission devient donc le problème fondamental de la *médiation*.

VII. SUR LA NOTION DE REPRÉSENTATION

Cette question de la médiation fut absolument centrale pour les doctrines politiques et constitutionnelles libérales du XIX^e siècle. Elle gouvernait toute la discussion sur la notion de *représentation*.

J'ai montré dans plusieurs essais que la notion classique de représentation ne pouvait en aucune manière être réduite à la question des assemblées représentatives, de leur existence, de leur élection (sur une base plus ou moins large), de leurs compétences et de leur fonctionnement⁴¹. Certes, il n'y a pas de *gouvernement représentatif* sans assemblées représentatives. Mais des assemblées, quel que soit le mode de leur élection, ne peuvent être représentatives si certaines conditions plus générales, des conditions non pas seulement relatives à l'organisation de l'État, mais aussi et surtout relatives à la société civile, ne sont pas réunies. Parce que, précisément, la représentation doit être le mode effectif assurant et assumant la médiation entre l'État et la société civile.

La notion classique de représentation désignait un système global de libre discussion publique. Système global, car il imposait la libre discussion publique de la loi étatique au sein d'assemblées (la publicité des débats en est une condition *sine qua non*) et la possibilité de la critique sociale et publique de cette même loi, de ses motifs et, plus généralement, des débats parlementaires. L'*Öffentlichkeit*, l'espace public, est constitué par cette relation circulaire entre société civile et assemblées représentatives et le *feed-back* (David Easton) qu'autorise cette relation.

La représentation était donc conçue – et c'est très clair chez les penseurs libéraux allemands du XIX^e siècle – comme le système permettant d'accrocher, par l'existence d'un espace public, la société civile à l'État en rendant possible, à chacun selon ses capacités, un usage public et donc commun de la raison individuelle. C'est par cette voie que peut et doit être assurée et assumée la médiation nécessaire entre l'État et la société civile sans pour autant *réduire* la scission, l'*Entzweiung*.

On doit noter que du point de vue d'une telle conception classique de la représentation, ce qui est aujourd'hui présenté comme une alternative à la démocratie représentative et à sa « crise », la « démocratie participative » ne fait en vérité pas rupture : la participation au débat public est inscrite dans le concept même de représentation. Celui-ci, en tant que tel, ne détermine pas quelles sont les formes et les modalités de cette participation – au-delà de l'élection – quels en sont les forums, mais impose seulement que cette participation soit ouverte et libre.

⁴¹ Voir surtout : « État de droit, forme de gouvernement et représentation. À partir d'un passage de Kant », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle série n° 2, 1998, pp. 279 *sqq.*

Ce qui circule sous le nom de « démocratie participative » n'est tout au plus qu'une réflexion sur les formes contemporaines que devrait adopter la représentation, ou bien un effet de mode qui masque mal une insuffisance de la pensée, ce dont l'exemple le plus frappant tient dans le pauvre article I-47 de la « Constitution européenne » mort-née consacré à la « démocratie participative »...

Sur cette question de la représentation en son sens constitutionnel classique, une remarque complémentaire nous ramène à la notion d'État de droit. Les premières doctrines libérales de l'État de droit, dans l'Allemagne du début du XIX^e siècle⁴², utilisaient plusieurs synonymes pour désigner la même chose : *Vernunfts-* ou *Verstandesstaat*, État rationnel, mais aussi, dans le cercle des auteurs du *Staatslexikon*, la bible du libéralisme allemand classique, « *Repräsentationsstaat* », État représentatif⁴³.

L'État de droit est donc, pour eux, un autre mot pour dire le principe de représentation au sens large tel qu'il vient d'être décrit. En effet, la médiation nécessaire entre la société civile et l'État, si elle suppose comme sa condition environnementale la représentation, trouve son instrument, son dispositif pratique dans le droit que l'État édicte à destination de la société des individus. C'est par le droit que l'État agit sur et dans la société civile. Il fait lien entre les deux.

Or, au sommet du droit, on trouve la loi. Puisque c'est l'État qui édicte la loi de la société civile, le principe fondamental de l'État de droit tient essentiellement en ceci que la loi doit être produite sous le contrôle de la société. C'est pourquoi la loi est alors définie comme l'acte du monarque, mais pris avec la participation des assemblées représentatives, c'est-à-dire aussi à l'issue d'une discussion publique et ouverte à la critique sociale, comme on a dit plus haut.

La représentation est ainsi la garantie même de l'État de droit et lui est pratiquement consubstantielle. En effet, tout acte de la puissance publique exécutive, administrative ou judiciaire doit trouver sa base juridique dans une loi formelle dès lors que cet acte touche aux principes structurants de la nouvelle société civile moderne : égalité, liberté et propriété. Dès qu'elle est concernée, la société doit pouvoir contrôler l'action de l'État.

La loi doit être générale pour assurer l'égalité juridique des individus. Quant à son domaine matériel, il est défini par la célèbre formule « *Freiheit und Eigentum* », liberté et propriété. Autrement dit : toute restriction à l'exercice de ce que l'on appellera à partir de 1848 les « droits fondamentaux » présuppose que tout le système de la représentation politique ait été activé. Ainsi la société est médiatement (par l'intermédiaire de la loi de l'État) politique.

La boucle logique se referme alors : l'État de droit est celui dans lequel la société, par le principe de représentation, participe, contrôle et limite l'action de l'État à l'égard de la société.

⁴² On comprend mal pourquoi, alors que sont disponibles depuis près de vingt ans, en langue française, des études un peu documentées sur l'histoire allemande de la notion d'État de droit (citées plus haut à la note 30), l'on continue en France à propager l'erreur selon laquelle cette notion serait née en Prusse durant la seconde moitié du XIX^e siècle, dans la Prusse réactionnaire donc. La notion possède une histoire complexe, mais *son origine se trouve dans le libéralisme de l'Allemagne du Sud*, Bade, Wurtemberg, et Bavière, au début du XIX^e siècle.

⁴³ Pour les références, je renvoie à ma présentation de *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, p. 15 *sqq.*

VIII. LES DEUX VISAGES DE LA LIBERTÉ MODERNE

Ce qui vient d'être dit met l'accent sur l'idée de participation de la société civile au contrôle de l'État. Cette participation, la liberté *positive* donc, est ainsi entendue comme une condition de la liberté même de la société civile et des membres de cette société et, plus précisément, comme la garantie même de cette liberté, de la liberté *négative* donc. L'État de droit n'est ainsi pas entendu comme celui dans lequel les individus se retireraient dans la sphère purement civile et privée de leurs libertés particulières. Dans l'État de droit, tel qu'il fut pensé par la doctrine libérale classique, le Bourgeois doit aussi être *Bürger*, citoyen. L'État de droit n'est pas entendu comme un État « apolitique », contrairement à ce que dit Schmitt.

En termes passablement hégéliens, l'individu particulier doit participer à l'universel – c'est-à-dire à la loi générale de l'État – pour garantir à travers l'institution politique son droit particulier, la satisfaction de sa subjectivité au sein du « système des besoins » que constitue la société civile.

C'est pourquoi, la pure et simple opposition entre la « liberté des Modernes » et la « liberté des Anciens » ne dit pas la vérité de la liberté dans l'État de droit moderne. « Liberté négative » et « liberté positive », dans la dichotomie d'Isaiah Berlin, ne parvient pas même à rendre compte de la pensée de Benjamin Constant et du célèbre discours de 1819, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*. Stephen Holmes l'a parfaitement montré : si Constant « a distingué si nettement les deux, c'est pour insister sur l'interdépendance étroite entre le droit de participer à la vie publique et la sécurité privée⁴⁴ ». Cette remarque vaut aussi pour les doctrinaires du « républicanisme », tels Quentin Skinner ou Philip Pettit : le libéralisme de Constant, mais aussi celui de Kant ou des libéraux allemands classiques (kantien ou non), ne s'épuise pas dans cette opposition binaire et intellectuellement faible entre ces deux libertés. Il n'y a pas, conceptuellement, une pure et simple opposition entre la liberté comme participation à la vie de la Cité (liberté des Anciens) et la liberté comme « jouissance de l'indépendance privée » (liberté des Modernes).

Rappelons que la fin du discours de Constant insiste spécialement sur la mission éducative de l'État, dont l'objectif est non seulement de former l'ensemble des citoyens, actifs et passifs, mais aussi, par ce moyen, d'élargir la classe des citoyens actifs afin de dépasser les conditions contemporaines de capacité censitaire.

Il y a ici le principe d'une ouverture démocratique dans la doctrine libérale du gouvernement représentatif et de l'État de droit qu'on ne doit pas négliger.

Cela ne veut pas dire que les auteurs libéraux du XIX^e siècle aient été, même seulement en puissance, démocrates, mais seulement que la logique interne du concept classique d'État de droit, pensée jusqu'au bout, tend au plus grand élargissement possible de l'ensemble des droits de participation, vise à ce que l'écart entre les citoyens « passifs » les citoyens « actifs » diminue tendanciellement.

Prenons au sérieux cette réflexion. Elle signifie que liberté-participation (liberté positive) et liberté-indépendance (liberté négative) *ne s'opposent pas mais se distinguent seulement*. Il faut poser que liberté négative et liberté positive ne sont pas

⁴⁴ St. HOLMES, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne*, Paris, PUF, 1994, p. 102 sq. (p. 103 pour la citation). Voir aussi les remarquables développements de L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 82 sqq.

deux *essences* de la liberté, mais deux *modes* de celle-ci. L'on prend ainsi le contre-pied de la vulgate, largement inspirée d'Isaiah Berlin et qui contamine jusqu'au discours des « Républicains », qui, de manière unilatérale, oppose selon la logique du « ou bien/ou bien » liberté négative et liberté positive.

La critique qu'adresse Böckenförde à l'égard de ces doctrines consiste à dire que celles-ci, libérales ou républicaines, ne prennent pas en charge le problème moderne fondamental de la scission, tel qu'il a été mis en évidence par Hegel.

S'il y a scission, « désassociation » entre État et société civile, et si cette scission est constitutive de la politique moderne, la question fondamentale est celle de la médiation, celle de la manière dont la société civile démocratique, comme l'écrit aussi Marcel Gauchet, peut « fabriquer » le citoyen dont la « politique démocratique aurait besoin »⁴⁵.

Mais, prenant le problème de l'autre côté, dans l'État et la société modernes, peut-on imaginer qu'un individu puisse exercer librement sa fonction de citoyen sans être, dans sa vie individuelle et privée, libre ? Est-il un citoyen qu'on puisse dire libre, celui qui dans sa vie privée, économique et sociale n'est pas libre ?

Si l'on admet ce point, alors il faut aller plus loin même que ce que l'on concède ordinairement et facilement : il ne suffit pas pour un État moderne démocratique de garantir et, ainsi, assurer l'effectivité des droits dits politiques (droit de suffrage, accès à la fonction publique, liberté d'expression, de réunion et de manifestation). C'est l'ensemble des droits, même les droits les moins politiques apparemment – liberté de circulation, liberté du mariage, liberté contractuelle, propriété même – qu'il s'agit de garantir. C'est précisément le reproche qu'adresse Böckenförde à certains courants allemands de l'interprétation des droits fondamentaux, qu'il réunit sous l'étiquette « théorie démocratique et fonctionnelle des droits fondamentaux » et qui dans la protection de ces droits, entend établir un privilège au profit de leur exercice démocratique, par rapport à leur exercice privé ou économique. On peut comprendre cette critique comme une expression particulière de ce problème de la scission qui sous-tend l'ensemble de son œuvre constitutionnelle.

IX. DÉMOCRATIE ET ÉTAT DE DROIT : UNE RELATION DE TENSION

À partir de là, on comprend un caractère fondamental inhérent à la logique même de la démocratie dans l'État moderne : les garanties de l'État de droit y forment bien des *limites* à la volonté populaire, mais elles sont en même temps les *conditions de formation* de cette volonté. C'est ainsi que l'on peut traduire le fait que le rapport entre démocratie et État de droit n'est pas seulement négatif, mais aussi positif. Ce rapport est sans doute un rapport de *tension*, mais pas un rapport de pure et simple *opposition*, à quoi le réduit Schmitt. On pourrait d'ailleurs montrer que, chez ce dernier auteur, cette relation d'opposition est affine à celle qu'une certaine vulgate, très éloignée de Schmitt, établit entre liberté négative et liberté positive.

Or, ce rapport de tension – et ici l'on touche à la pointe du problème démocratique moderne – n'est pas une difficulté pour la démocratie qu'il s'agirait de surmonter ou d'éliminer. Ce rapport de tension entre État de droit et démocratie est le problème fondamental d'une politique moderne de la liberté. Tout le propos qui

⁴⁵ M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, p. xx.

précède entend montrer qu'il s'agit là, tout à l'inverse, du rapport *constitutif* de cette démocratie et que, partant, l'éliminer, le surmonter signifierait détruire la démocratie, ses conditions, son cadre, la « *constitution* » démocratique.

Le populisme qui nourrit les visions et les réalités des « démocraties illibérales » est très précisément l'idéologie qui fait croire que cette tension pourrait être résolue, supprimée. Comme le dit Böckenförde dans son langage hégélien : La conception immédiate-identitaire de la démocratie « laisse supposer que la scission est d'emblée résolue par la décision du peuple immédiatement présent ». Au contraire, la conception représentative de la démocratie maintient ouverte la question de la scission dans la mesure où « la représentation démocratique se conçoit comme un processus dialectique du groupe avec lui-même⁴⁶ ».

Le populisme et la « démocratie illibérale » partent du principe selon lequel le groupe, la collectivité politique serait toujours déjà réconciliée avec elle-même. Sa tendance est donc à mépriser les processus, les procédures, les formes : elle masque cela que Böckenförde appelle la *Formung*, la mise en forme de la volonté populaire, c'est-à-dire le fait que l'expression d'une volonté démocratique présuppose l'existence d'un cadre normatif, juridique, autrement dit que l'État démocratique a pour condition l'État de droit.

C'est pourquoi lorsqu'ils parviennent à prendre le pouvoir les démocrates illibéraux tendent fâcheusement à museler leurs opposants, à contrôler les médias et à transformer le processus de leur propre élection en l'événement rituel par lequel, à intervalles réguliers, le *demos* acclame son chef charismatique. L'on substitue ainsi aux logiques de la représentation la logique, toute différente, de l'incarnation.

Or c'est bien le tableau de la démocratie selon Schmitt, qu'on trouve dans la *Théorie de la constitution* et, de façon, plus crue et plus brutale, dans *Légalité et légitimité*. L'idéal de la démocratie identitaire d'un Schmitt tient en ce moment de l'acclamation publique de son chef charismatique par le peuple. On voit d'ailleurs dans le tableau qu'en fait cet auteur, *avant la prise du pouvoir par Hitler* et son clair engagement nazi, combien la logique hégélienne de l'*Entzweiung* est évacuée : le symbole de la fausse démocratie, du système représentatif bourgeois, c'est l'isoloir et donc le principe du vote secret.

En effet, dans l'isoloir, c'est l'homme privé qui s'exprime, non le citoyen, et c'est ainsi que dans l'isoloir se joue, selon Schmitt, tout le fantasme bourgeois de la dépolitisation : ce qui est proprement politique doit être public⁴⁷. La liberté négative, privée ne peut faire naître la liberté positive, publique. Il est vrai que, dans la scène de l'acclamation publique du chef, la question de la médiation entre le privé et le public, la société et l'État, la question de la scission ne se joue pas.

En vérité le secret du vote n'est pas la garantie mais la condition de possibilité que se réalise ce processus dialectique de médiation entre l'État et la société civile. Certes, l'isoloir tend à ramener le citoyen à l'homme privé. Mais la démonstration de rue, la « foule » assemblée détourne-t-elle mieux que l'isoloir l'individu de ses intérêts particuliers ? Qu'est-ce qui élève démocratiquement le particulier à l'universel, la foule ou l'isoloir ? En vérité : rien. Telle est la condition démocratique des

⁴⁶ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Démocratie et représentation », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 309 sq.

⁴⁷ C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1994, p. 382 sqq.

Modernes. C'est pourquoi « l'État libéral, sécularisé vit sur la base de présupposés qu'il n'est pas lui-même capable de garantir⁴⁸ ».

CONCLUSION

Je me suis efforcé de proposer quelques arguments qui soient, je l'espère un peu pertinents, pour défendre l'idée selon laquelle un concept rationnel ou même seulement raisonnable de la démocratie moderne doit être pensé dans sa relation à l'idée d'État de droit. Il ne s'agit pas ici de penser un concept pur, en soi et pour soi, de la démocratie, mais la démocratie dans les conditions de la politique moderne, de ce que, renvoyant à Hegel, Böckenförde nomme le problème de la « scission ».

À partir de ce problème, Böckenförde montre que la démocratie moderne ne peut qu'être représentative. Or, si l'on reprend la pensée classique de la représentation, on peut et doit lui donner une dimension beaucoup plus large que la simple existence parmi les pouvoirs constitutionnels d'assemblées élues, ce à quoi on la réduit trop vite aujourd'hui. La représentation signifie, ramenée à son principe, l'ensemble du système de médiation en lequel se joue ce que Böckenförde appelle le « processus dialectique du groupe avec lui-même ».

En passant, par d'autres voies intellectuelles, c'est aussi une thèse de Kelsen que de dire que la démocratie moderne ne peut qu'être pensée dans l'ordre de la représentation. J'ai préféré suivre le chemin hégélien de Böckenförde. Mais qu'on choisisse Böckenförde ou Kelsen, on se retrouve nécessairement aux antipodes de la conception « immédiate-identitaire » qu'a défendue, de manière particulièrement puissante, Carl Schmitt : la thèse qui en résulte est celle de l'opposition radicale entre État de droit et démocratie.

La représentation est le principe fondamental de l'État de droit puisque, correctement entendue, représentation signifie le système de mise en forme nécessaire à l'expression de la volonté politique d'un peuple, et que toute mise en forme d'un processus collectif signifie mise en normes de procédures et garanties substantielles et formelles des conditions de ce processus.

Si, contrairement à l'idéologie schmittienne de la démocratie, qui exprime véritablement la pensée populiste la plus contemporaine, la démocratie présuppose du droit, si elle n'émerge pas spontanément d'un pur « néant normatif », alors l'État de droit, qui pose certes des limites à l'expression populaire, est en même temps condition de cette expression. C'est cette relation de tension que Böckenförde nous invite à penser. En le suivant, autant qu'en suivant Kelsen, on en conclut que l'expression « démocratie illibérale » désigne une autocratie qui ne dit pas son nom et qu'il ne s'agit que d'un des nombreux oxymores idéologiques qui encombrant et polluent le débat véritablement démocratique.

Olivier Jouanjan

Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), professeur honoraire à l'Université Albert-Ludwig de Fribourg-en-Brisgau.

⁴⁸ Tel est le fameux « paradoxe de Böckenförde » : « La naissance de l'État, processus de sécularisation », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 117.

La Constitution de l'an VIII

Les sources manuscrites de la Constitution de l'an VIII*

En raison du caractère informel de l'élaboration de la Constitution de l'an VIII, discutée dans le cadre d'un comité restreint ne donnant lieu à aucun procès-verbal, les travaux préparatoires de ce texte fondateur du Consulat n'ont jamais pu donner lieu à une publication officielle. Pendant longtemps, seules des sources à caractère secondaire, et de nature essentiellement imprimée, ont alors dû être mobilisées afin de mieux percevoir les finalités assignées à chacune des nouvelles institutions, ainsi que pour mieux saisir les oppositions doctrinales vraisemblablement apparues dans les commissions, ou encore pour tracer avec plus de certitude les origines idéologiques des dispositions finalement adoptées.

Parmi ces publications secondaires, certaines se sont assez rapidement distinguées par leur grande diffusion et leur haute autorité, sur laquelle l'historiographie s'est appuyée, pour les élever ensuite au rang de source presque officielle de la nouvelle Constitution. Dans sa *Théorie constitutionnelle de Sieyès* (1836), Boulay de la Meurthe atteste ainsi avoir retranscrit les idées de l'abbé sur les nouvelles institutions du 11 au 21 novembre 1799 (20-30 brumaire de l'an VIII), dans le cadre de plusieurs conférences dans lesquelles Sieyès lui dicta autant les lignes directrices de son projet, que ses « notes sur les différentes parties de son plan de constitution¹ ». Les sources manuscrites de ce document sont désormais conservées aux Archives nationales, en forme d'un cahier de 22 pages sous la côte 284 AP 5 dossier 2 (7), au début desquelles Sieyès a cependant porté la célèbre note manuscrite suivante : « Rien n'est plus incomplet et fautif que ce canevas dicté à la hâte. C'est d'après ces idées qu'a été décrite la Constitution adoptée avec apparence de satisfaction, changée ensuite, altérée de plus en plus et abolie enfin successivement ».

D'autres imprimés ont également une valeur de sources indirectes et, le plus souvent fragmentaires, dans la mesure où elles n'apparaissent que comme des comptes rendus des projets de Sieyès. À cet égard, il est possible de citer les

* Ce travail est le fruit d'une recherche toujours en cours. Une communication ultérieure pourra compléter les solutions débattues en l'an VIII dans les commissions et précisera l'orientation des institutions mentionnées dans les projets.

¹ A.-J. BOULAY DE LA MEURTHE, *Théorie constitutionnelle de Sieyès, Constitution de l'an VIII, extraits des mémoires inédits*, Paris, Renouard, 1836, p. 4. Sur le manuscrit conservé aux Archives nationales, Sieyès a écrit : « Observations constitutionnelles dictées au citoyen Boulay de la Meurthe, membre de la Commission législative des Cinq-Cents dans les derniers jours de brumaire de l'an VIII et qu'il m'a rendues après les avoir fait transcrire » (A.N. 284 AP 5 dossier 2 (7)).

quelques pages des *Mémoires* du Comte Miot de Mélito², celles développées dans les *Mémoires* de Fouché³, de Roederer⁴, de Cambacérès⁵, ou encore l'*Histoire de la Révolution* de Mignet, dans laquelle ce dernier explique avoir obtenu la communication du projet de Constitution de Sieyès par le biais d'un « membre de la Convention », qui a pu être identifié comme étant probablement Daunou⁶.

Enfin, parmi ces sources imprimées secondaires, les journaux contemporains ont pu aussi être longtemps mobilisés dans la mesure où ils semblent avoir retranscrits, mais de manière souvent incertaine et toujours fragmentaire, les débats entourant l'adoption des nouvelles institutions. On compte ainsi le célèbre *Moniteur universel*, notamment dans son édition du 10 frimaire an VIII (1^{er} décembre 1799), le *Journal de Paris* et la *Décade*, qui doivent aussi être considérés, en raison de leur proximité avec les brumairiens, comme autant de relais des opinions respectives de Roederer pour le premier, Chabaud du Gard ensuite⁷, ou de Sieyès et de Daunou pour le dernier⁸. L'utilité essentielle de ces journaux est d'avoir permis de mieux déterminer l'évolution chronologique des débats et, d'une certaine manière, de pouvoir corroborer l'identité des projets débattus⁹.

Une voie nouvelle a été ouverte tout au long du XX^e siècle à travers la volonté d'une exploitation renouvelée des sources manuscrites afin de déterminer avec plus de certitude la signification des projets de Constitution élaborés sous l'impulsion de Bonaparte. En 1941, Jean Bourdon fait ainsi œuvre de précurseur dans sa thèse complémentaire pour le doctorat ès lettres portant sur *La Constitution de l'an VIII*¹⁰. Agrégé d'histoire et géographie, puis licencié en droit, il étudie pour la première fois la Constitution de l'an VIII en rapprochant certaines de ses dispositions des écrits de Roederer, de Daunou, mais par le biais des écrits de Taillandier (1834)¹¹,

² *Mémoires du comte de Miot de Mélito*, Paris, Michel Lévy, 1858, t. I, p. 269-272.

³ *Mémoires de Joseph Fouché*, Paris, P.-J. de Mat, 1825, t. I.

⁴ *Œuvres du Comte P.-L. Roederer, publiées par son fils A.-M. Roederer*, Paris, Firmin-Didot, 1853-1858, t. III, p. 303 *sqq.*

⁵ J.-J.-R. CAMBACÉRÈS, *Mémoires inédits : éclaircissements publiés par Cambacérès sur les principaux événements de sa vie politique*, Paris, Perrin, 1999, t. I, p. 450 *sqq.*

⁶ F.-A. MIGNET, *Histoire de la Révolution*, Paris, 1839, p. 390-392.

⁷ Chabaud était propriétaire du *Journal des Débats* depuis le 18 brumaire an VIII (*Biographie d'Hommes vivants, ou histoire par ordre alphabétique de la vie de tous les hommes qui se sont fait remarquer par leurs actions ou leurs écrits*, Paris, Michaud, 1816, t. 2, p. 98).

⁸ J. BOURDON, *La Constitution de l'an VIII*, thèse, Rodez, P. Carrère, 1941, p. 11-12. Voir également A. AULARD, *Paris sous le Consulat, Recueil de documents pour l'histoire de l'esprit public à Paris*, 2 t., Paris, L. Cerf, 1903-1909 ; A. VANDAL, *L'avènement de Bonaparte*, 2 t., Paris, Plon, 1924 ; L. MADELIN, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, Paris, Hachette, 1929, 366 p.

⁹ Ces journaux doivent être abordés avec précautions. Dans son édition du 9 décembre 1799, le *Bulletin Officiel du Directoire Helvétique* indique ainsi que « c'est le citoyen Daunou qui, après les conférences tenues entre les consuls et les membres des commissions législatives a été chargé de la rédaction définitive de la constitution. Ce travail est achevé : cependant il y a encore ce soir à ce sujet, une dernière conférence au Luxembourg ». Pourtant, les solutions rapportées par le journal sont plus précisément conformes à celles de Roederer. *Bulletin Officiel du Directoire Helvétique et des autorités du Canton du Léman*, 1799, t. 10, p. 321-322.

¹⁰ J. BOURDON, *La Constitution de l'an VIII*, *op. cit.*, p. 121.

¹¹ M.-A.-H. TAILLANDIER, *Documents biographiques sur P.-C.-F. Daunou*, Paris, Didot, 1847, p. 174-188.

ainsi que ceux de Sieyès, à travers le support indirect de Boulay de la Meurthe. À cette époque, la perte des manuscrits de Sieyès explique pourquoi il demeure matériellement impossible pour Jean Bourdon de prolonger son étude jusqu'aux sources originaires de la Constitution de l'an VIII. La crainte est alors celle de la perte définitive des papiers de Sieyès, qui avaient appartenu au milieu du XIX^e siècle au ministre Hippolyte Fortoul¹². Leur existence était toutefois avérée car, si Fortoul en avait conservé la plus grande partie dans l'espérance de réaliser une étude de Sieyès, il avait prêté quelques manuscrits à Saint-Beuve, qui les publia dans les *Causeries du Lundi*. Dans ces conditions, dans *Sieyès et sa pensée*, Paul Bastid estimait dans son édition de 1939 qu'il serait dorénavant difficile de retrouver la plus grande partie de ses manuscrits¹³.

C'est dans ces conditions également que Paul Gaucher, dans son mémoire demeuré inédit sur les *Projets constitutionnels de Sieyès et la Constitution de l'an VIII* (1955), a tenté de reconstruire la pensée originaire de l'abbé, telle qu'elle se serait manifestée à la fin de l'an VIII.

Notre propos, dit-il, est de reproduire les textes qui nous indiquent quelle constitution Sieyès aurait voulu voir appliquer à la France de son époque. Nous ne cherchons ni à étudier l'homme en lui-même, ni ses idées politiques, ni le but réel des institutions qu'il proposait. Nous voudrions seulement essayer de montrer par quel mécanisme constitutionnel il voulait faire passer ses vues politiques dans la réalité des faits¹⁴.

De nouveau, son étude ne peut que reprendre des sources indirectes imprimées déjà connues, c'est-à-dire Boulay de la Meurthe, Daunou, Roederer et Fouché, en les associant, afin de combler l'absence des manuscrits de Sieyès sur la Constitution de l'an VIII, à des écrits antérieurs de l'abbé, comme son *Aperçu sur l'organisation de la justice et de la police en France* (1790), ou ses célèbres discours des 2 et 18 thermidor an III sur le jury constitutionnaire. Comme Paul Gaucher le reconnaît lui-même dans son mémoire, il s'agit « d'essayer de retrouver la pensée authentique de Sieyès » en l'an VIII, à travers l'étude de sources imprimées censées l'avoir exposée avec le plus de certitude¹⁵.

Toutefois au cours des années 1960, le don réalisé par les descendants de Fortoul de leurs archives familiales aux Archives nationales permet de retrouver une partie des sources manuscrites de Sieyès, sans doute lacunaire, et, plus précisément, ses projets de constitutions élaborés en l'an VIII. Regroupés dans le fonds Sieyès accessible depuis les années 1970¹⁶, ces sources originaires ont connu un renouveau avec l'imposante publication, en 1999 et en 2007, des *Manuscrits* de Sieyès en deux volumes sous la direction de Christine Fauré¹⁷, qui s'est concentrée sur ses écrits

¹² J. BOURDON, *La Constitution de l'an VIII*, op. cit., p. 7.

¹³ P. BASTID, *Sieyès, sa pensée*, Paris, Hachette, 1939, introduction.

¹⁴ P. GAUCHER, *Projets constitutionnels de Sieyès et la Constitution de l'an VIII*, 1955, p. 9-10.

¹⁵ *Ibid.*, p. 70. L'ouvrage de Paul Gaucher comporte cependant plusieurs manques, à savoir les pages 19-26, 62-68, 99-100, 215-222 (conclusion).

¹⁶ Voir *Les Archives Sieyès aux Archives nationales*, Imprimerie nationale, Paris, 1970, 129 p. C. FAURÉ, « Sieyès, Rousseau et la théorie du contrat », in P.-Y. QUIVIGER, V. DENIS et J. SALEM (dir.), *Figures de Sieyès*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2008, p. 213.

¹⁷ Chr. FAURÉ (dir.), *Des manuscrits de Sieyès*, col. J. Guilhaumou et J. Valier, 2 vol., Paris, Honoré Champion, 1999.

« réunis en cahiers et constituant des ensembles¹⁸ ». En 2008, Pierre-Yves Quiviger a continué cette démarche d'édition en reprenant partiellement des textes issus du dossier 284 AP 5 dossier (4), comportant des manuscrits de Sieyès considérés comme trois projets constitutionnels inédits de l'an VIII¹⁹.

La publication des écrits de Sieyès semble pouvoir être prolongée à l'égard des sources de la Constitution de l'an VIII contenus dans le dossier 284 AP 5 dossier (4), en s'intéressant à des manuscrits également inédits et complémentaires. Contenus sur des simples feuillets, ceux-ci apparaissent comme autant de documents préparatoires comportant des articles envisagés dans une perspective constitutionnelle. Ce dossier a été annoté, probablement par Fortoul, comme contenant « les premières idées de la Constitution de l'an VIII » de Sieyès²⁰. Commenant par une première pièce contenant un Titre I^{er} traitant des « articles préliminaires » de la Constitution, il se poursuit sous une forme peu homogène à travers plusieurs textes traitant, pour citer les principales thématiques abordées sous forme d'articles, des « bases de la Constitution », des listes électorales, du Collège des conservateurs, de la forme du gouvernement, ou encore du processus législatif et se termine par des dispositions traitant des contributions²¹. Il paraît ensuite essentiel de rapprocher les dispositions de ces manuscrits inédits avec les projets de Sieyès déjà publiés, ainsi qu'avec l'ensemble des notes manuscrites de Roederer, en partie également inédites²², sur le projet de Constitutions de l'an VIII. Plus précisément, il s'agit des papiers de Roederer qui, selon le témoignage de Boulay de la Meurthe, constituent un projet de constitution alternatif en ce qu'il s'inscrit dans une démarche conciliatrice des vues divergentes de Sieyès et de Bonaparte²³. Il semble encore utile de rapprocher ces projets avec des sources imprimées souvent mésestimées, comme le *Tableau de l'organisation sociale de la république française* de Chabaud (du Gard), qui expose très certainement des solutions adoptées dans les commissions²⁴, ainsi que la *Nouvelle proposition pour donner à la France une bonne constitution réduite à 40 articles* de Gaudet²⁵, ou encore un fascicule anonyme intitulé *Premier et second Plan de la nouvelle constitution française* (s.d.)²⁶.

Notre publication s'inscrit dans le prolongement d'une première contribution ayant consisté en l'édition de deux projets manuscrits de Daunou de l'an VIII, ainsi

¹⁸ R. MONNIER, « Des Manuscrits de Sieyès 1773-1799 », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 324, 2001, p. 199.

¹⁹ P.-Y. QUIVIGER, *Le principe d'immanence. Métaphysique et droit administratif chez Sieyès*, Paris, Honoré Champion, 2008, p. 395-410.

²⁰ Ce titre indiqué en page de garde des documents a probablement été attribué par le Ministre Fortoul. A.N. 284 AP 5 dossier 2 (4), première pièce.

²¹ A.N. 284 AP 5 dossier 2 (4), pièce n° 37.

²² Paul Gaucher en a livré quelques parties dans son mémoire.

²³ A.-J. BOULAY DE LA MEURTHE, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, op. cit., 1836, p. 48.

²⁴ A.-G.-F. DE CHABAUD DE LATOUR, *Tableau de l'organisation sociale de la république française*, Paris, Baudouin, Imprimeur du Corps législatif et de l'Institut national.

²⁵ GAUDET, *Nouvelle proposition pour donner à la France une bonne constitution réduite à 40 articles*, s.d.

²⁶ ANONYME, *Premier et second Plan de la nouvelle constitution française qui doit être présentée aux commissions législatives*, Paris, Impr. de la rue Jacques, 8 p. Ce document doit être rapproché du *Moniteur universel* du 10 frimaire an VIII (1^{er} décembre 1799).

que par celle de la minute authentique de la constitution, que Jean Bourdon avait redécouverte et étudiée en 1941, avant qu'elle ne connaisse ensuite un délaissement²⁷. L'idée de notre première contribution était d'observer les similitudes et les éventuelles divergences dans les ultimes rédactions manuscrites de la Constitution, en comparant chacune des dispositions, article par article, de ces derniers projets sous la forme d'un tableau de concordance²⁸. En reprenant jusqu'aux mots et leurs dispositions corrigés, elle confirme que la dernière rédaction de Daunou demeure littéralement conforme à la première rédaction de la minute authentique de la Constitution de l'an VIII. Pour l'analyse de ces documents, il a paru essentiel de rechercher les sources immédiates des institutions en partant des dernières corrections de la minute de la Constitution.

L'étude de l'écriture du texte constitutionnel de l'an VIII passe encore par une analyse des premiers projets de Sieyès, à travers leurs premières rédactions, ainsi qu'à leur éventuelle reprise par les projets de Roederer, Daunou ou Chabaud du Gard.

Il demeure souvent possible de comparer les dispositions des premiers projets de Sieyès et de suivre l'évolution de leur rédaction. Mais si les textes présentent parfois des ressemblances certaines, dans d'autres hypothèses il ne peut s'agir que de simples vraisemblances d'identité. L'étude du processus de rédaction de la constitution ne peut ainsi passer que par une archéologie des manuscrits des acteurs institutionnels de l'an VIII. L'étude croisée de ces manuscrits de Sieyès, Roederer, Daunou avec celui du texte final de la minute authentique de la Constitution est donc de nature à renseigner d'abord sur l'histoire immédiate, de nature intellectuelle et individuelle, des dispositions de l'an VIII. À plus long terme, cette étude tente de mieux percevoir, dans la mesure du possible, l'apport individuel de chacun des constituants aux nouvelles institutions et l'évolution des choix constitutionnels opérés.

Dans cette publication des manuscrits, plusieurs règles ont été suivies afin de rester fidèle au travail d'écriture des auteurs, autant que pour tenter de mieux percevoir les évolutions de leurs rédactions. L'orthographe originale a ainsi d'abord été maintenue. De la même manière, les biffures conservées sont celles des manuscrits. Les passages apparaissant en double biffures s'expliquent par une nouvelle correction d'un auteur, qui le conduit à rayer une seconde fois son travail antérieur.

La présentation des textes considérés comme les premières idées de la future Constitution repose dans une analyse critique des sources documentaires conduisant préalablement à essayer de distribuer l'ensemble des textes manuscrits préparatoires dans une échelle chronologique afin d'en mesurer les différentes évolutions. Plusieurs catégories de sources peuvent être identifiées et classées chrono-

²⁷ S. BLOQUET, « La genèse de la Constitution de l'an VIII et ses ultimes modifications manuscrites », *Napoleonica. La Revue, Du politique : constitutionnel, religieux, impérial, militaire local*, n° 25, 2016, p. 5-93.

²⁸ D'une certaine manière, il s'agit de prolonger la démarche de Paul Gaucher, mais en s'en distinguant cependant sensiblement. Nous avons repris ainsi l'ensemble des sources manuscrites en y ajoutant toutefois le texte imprimé de Chabaud, puisqu'aucune source ne lui correspond parfaitement. Voir P. GAUCHER, *Projets constitutionnels de Sieyès et la Constitution de l'an VIII*, 1955, p. 12-13. Il proposait de reprendre et de comparer les « différents rouages » des projets constitutionnels.

giquement selon leur auteur, c'est-à-dire celles de Sieyès (I), de Roederer (II) et enfin l'ensemble des papiers Daunou associés au *Tableau de l'organisation sociale de la République* de Chabaud du Gard (III).

I. LES « PREMIÈRES IDÉES DE LA CONSTITUTION DE L'AN VIII » DE SIEYÈS²⁹

La critique des sources s'illustre d'abord à l'égard des premiers manuscrits de Sieyès, que Fortoul a classés en considérant qu'il s'agissait de ses « premières idées de la Constitution de l'an VIII³⁰ ». Ce regroupement doit d'abord être envisagé avec précaution dans la mesure où, pour s'en tenir simplement aux choix sémantiques réalisés par Sieyès, plusieurs institutions peuvent être rapprochées de ses écrits antérieurs. À titre d'illustration, dans des fragments politiques élaborés au cours des années 1789 à 1791, il avait déjà proposé un grand électeur désigné par une élection organisée selon un système d'urnes successives³¹. De la même manière, dans ses notes sur le projet de Constitution de l'an III, il avait indiqué en marge qu'il proposait certaines dispositions en vue de la « nomination permanente et paisible du grand électeur » considéré comme irresponsable politiquement³². Une même observation sémantique s'impose en l'an VIII à l'égard d'un jury constitutionnaire³³, d'un système d'assemblées primaires³⁴, ou à des fonctions dites *ascendantes* et *descendantes*³⁵, que l'on retrouve dans ses projets manuscrits de l'an III, autant que ses célèbres discours des 2 et 18 thermidor³⁶.

Ces « premières idées de la Constitution de l'an VIII » rédigées par Sieyès présentent cependant un grand nombre de similitudes essentielles avec le texte de synthèse résumé par Boulay de la Meurthe, ce qui plaide pour associer les solutions adoptées dans ces premiers documents aux solutions originellement retenues par

²⁹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4).

³⁰ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4).

³¹ A.N. 284 AP 4 (7). Rapp. *Des manuscrits de Sieyès, op. cit.*, t. I, *Le prince et le conseil d'exécution, 1789-1790-1791*, p. 429 ; et p. 437, note 1 : « dans son opinion du 2 thermidor an III, Sieyès inclut le tribunat, le gouvernement, la législature dans sa proposition de codification institutionnelle. Dans son texte *Bases de l'ordre social*, le Sénat est une partie du pouvoir législatif (art. 15), ce qui permet de dater ses feuillets sur le tirage au sort des alentours de l'an III ».

³² A.N. 284 AP 5, dossier 1 (6). Rapp. *Des manuscrits de Sieyès, op. cit.*, t. I, p. 514.

³³ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 40.

³⁴ Dans le système de l'an III, « les assemblées primaires sont le véritable fondement de l'État politique ; elles en contiennent tous les éléments ; elles se composent de tous les citoyens qui ont la volonté et la capacité d'y assister » (« Bases de l'ordre social », *Des manuscrits de Sieyès, op. cit.*, p. 512).

³⁵ Rapp. « Fonctions ascendantes et descendantes », dans SIEYÈS, *Quelques idées de constitution applicables à la ville de Paris*, Versailles, 1789, p. 19 et p. 23 sqq.

³⁶ A.N. 84 AP 5, dossier 3 (1). *Des manuscrits de Sieyès, op. cit.*, t. II, p. 515, note 18 : « La désignation d'une fonction ascendante et descendante n'apparaît pas dans le premier dessin. Ces fonctions sont définies dans le discours du 2 thermidor an III : "L'action politique dans le système représentatif se divise en deux parties ; l'action ascendante, l'action descendante. La première embrasse tous les actes par lesquels le peuple nomme immédiatement ou médiatement ses diverses représentations qu'il charge séparément de concourir, soit à demander ou à faire la loi, soit à la servir dans son exécution quand elle est faite. La seconde embrasse tous les actes par lesquels ces diverses représentations s'emploient à former ou à servir la loi" », p. 15.

l'abbé. Ces notes originaires de Sieyès comportent ainsi, contrairement à ses projets suivants désormais connus de l'an VIII, l'institution d'un grand électeur pouvant faire l'objet d'une « absorption » selon le terme précisément adopté³⁷, que les projets suivants ne reprennent plus. Si Boulay de la Meurthe consigne l'expression dans ses notes³⁸, Daunou reprend aussi, dans ses premiers écrits de l'an VIII réalisés dans son tableau synoptique, l'idée d'un « Collège des conservateurs » pouvant « élire ses propres membres avec absorption et le Consul³⁹ ». Cette expression, retenue dans les premières rédactions de Daunou, atteste incontestablement d'une forme de transcription des idées originaires de Sieyès dans le processus d'élaboration des nouvelles institutions⁴⁰. D'ailleurs, dans sa dernière édition de 1970, Paul Bastid a cité ces sources, contenues dans le dossier 5 du fonds Sieyès, sous son titre traitant de la Constitution de l'an VIII⁴¹.

Prenant la forme de dispositions relativement denses, ces premières notes de Sieyès, représentent un peu moins de 200 articles, qui manquent cependant d'homogénéité. Elles apparaissent aussi relativement détachées de pures réflexions métaphysiques, desquelles il était fait reproche à Sieyès dans le début de frimaire an VIII. Mais, alors que plusieurs articles ont été rayés et corrigés, quelques-uns apparaissent également redondants, sans qu'il soit cependant possible de les rattacher à un projet alternatif. Ce manque d'homogénéité des dispositions s'exprime parfois par une numérotation discontinue, voire quelquefois par l'absence de toute numérotation qui en rend l'étude structurelle difficile. De la même manière, les différents titres et parties ne se suivent pas totalement et semblent même avoir subis une restructuration, partiellement inachevée, au cours de leur rédaction⁴². Un nouveau plan semble ainsi suggéré en reprenant comme bases, dans une première partie, les conditions d'acquisition de la citoyenneté, puis la division du territoire, suivie de la « répartition de l'établissement exécutif sur le territoire français », avec une nouvelle partie traitant de la « base fondamentale de l'ordre politique ou des assemblées primaires » et, pour terminer, des collèges électoraux⁴³.

Indépendamment de cette restructuration visiblement non suivie d'effet, il demeure toutefois possible de considérer ces premières notes manuscrites de Sieyès, en raison de l'ensemble des matières traitées sous formes de dispositions, comme un ensemble représentant les éléments d'un projet de constitution. En respectant le classement de son dossier, certainement réalisé par Fortoul, les notes de Sieyès

³⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 53, n° 4.

³⁸ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (7). Rapp. *Des manuscrits de Sieyès*, op. cit., p. 525. A. TYRSENKO, « Les principes politiques de Sieyès d'après ses manuscrits de thermidor et de brumaire », in P.-Y. QUIVIGER, V. DENIS et J. SALEM (dir.), *Figures de Sieyès*, op. cit., p. 177-191. Le dossier 248 AP 2 est associé aux notes préparatoires de Sieyès sur la Constitution de l'an VIII (*ibid.*, p. 181).

³⁹ Bib. Nat. Ms., NAF21891.

⁴⁰ Jean Bourdon a expliqué que la rédaction des dispositions constitutionnelles par Daunou constituait essentiellement une forme de transcription des idées de Sieyès, auxquelles il ajoutait quelques propositions personnelles, sans que la paternité de l'ensemble du projet ne puisse lui être attribuée (J. BOURDON, *La Constitution de l'an VIII*, op. cit., p. 29).

⁴¹ P. BASTID, *Sieyès, sa pensée*, op. cit., éd. 1970, p. 249-252. En revanche, les autres carnets contenus dans ce dossier ne sont pas écrits par Sieyès, mais ont été corrigés par lui (*ibid.*).

⁴² Voir notamment A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 47. « Titre préliminaire. Individus qui composent la nation française. Ou des Éléments qui constituent la nation française ».

⁴³ *Ibid.*

commencent alors par un titre préliminaire traitant de l'« esprit de la constitution française⁴⁴ », ensuite du principe représentatif, puis du pouvoir constituant et des modalités de modification de la constitution. Un titre premier poursuit la présentation des règles en traitant de la « base civile et politique » de l'État reprenant les principes de la division territoriale et les règles de fonctionnement des assemblées primaires⁴⁵. Un deuxième titre est intitulé laconiquement « base fondamentale » et développe plusieurs règles concernant la qualité de citoyen français. Le troisième titre porte ensuite sur les « échelles de proportion et fonctions ascendantes », c'est-à-dire sur les différents degrés de scrutin⁴⁶, et se poursuit en traitant de parties relativement complètes, mais aussi différentes que celles touchant au « gouvernement », à l'« Élection de l'urne⁴⁷ » et au pouvoir exécutif⁴⁸. Le quatrième et dernier titre concerne l'« ordre législatif⁴⁹ », et il est suivi d'une partie touchant aux « lois », aux « contributions⁵⁰ », et à l'« ordre judiciaire⁵¹ ».

L'ensemble de ces dispositions se distinguent des projets suivants de Sieyès récemment publiés par Pierre-Yves Quiviger⁵². Ces derniers présentent d'abord une plus grande certitude d'unité en raison de leur rédaction sur des carnets à numérotation continue, qui facilitent la cohérence d'ensemble. Ils apparaissent toutefois non seulement beaucoup plus lacunaires, mais aussi relativement plus incertains dans la mesure où Paul Bastid a considéré que seules les corrections étaient de la main de Sieyès⁵³. Ses deux projets manuscrits suivants de constitution apparaissent ainsi comme un résumé de ses propositions antérieures, voire comme de simples prises notes, car si certains titres ne sont développés que sur moins d'une dizaine de ligne, d'autres sont purement synthétiques et se contentent d'évoquer les thématiques à développer. Certaines solutions ont aussi totalement disparues, comme la partie introductive sur l'« esprit de la Constitution française », le système dit de l'*élection de l'urne*, ou la possibilité de modifier la constitution. Ces deux projets suivants demeurent littéralement très proches, notamment en ce qui concerne le système des scrutins. Un dernier projet manuscrit, intitulé « Loi organique de l'ordre politique en France⁵⁴ », demeure relativement plus complet par rapport à ces prédécesseurs, reprenant l'idée de deux consuls présidant chacun un Conseil d'État⁵⁵.

Enfin, un ultime document isolé ne peut pas être rattaché à ces derniers projets de Sieyès, ni être considéré comme un projet autonome. Il laisse toutefois penser

⁴⁴ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 37.

⁴⁵ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 41.

⁴⁶ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 44.

⁴⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 53, n° 1.

⁴⁸ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 49.

⁴⁹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 63.

⁵⁰ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 65.

⁵¹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 51.

⁵² P.-Y. QUIVIGER, *Le Principe d'immanence*, op. cit., p. 395-410.

⁵³ P. BASTID, *Sieyès, sa pensée*, op. cit., éd. 1970, p. 249-252.

⁵⁴ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 74, p. 1.

⁵⁵ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 94, p. 21.

que le projet initial de l'abbé était beaucoup plus développé que les simples manuscrits conservés aujourd'hui, qui ne comportent pas tous de titre. Développé sous un titre 12 intitulé « Du promulgateur des lois – grand Électeur⁵⁶ », celui-ci apparaît moins comme un document de travail, que comme une mise au propre des idées de Sieyès en la matière, voire comme une proposition alternative au système du grand électeur qu'il a déjà proposé avant.

Deux ressources permettent sans doute de classer l'ensemble de ces sources manuscrites de Sieyès. Tout d'abord, dans son *Histoire du Consulat* (1862), Huard rappelle que l'abbé avait été chargé de soumettre ses idées sur la nouvelle constitution au 1^{er} décembre (10 frimaire an VIII) et que ce fut à cette occasion qu'il subit la réprobation de Bonaparte dans les séances suivantes des commissions⁵⁷. Ces mêmes tensions entre les deux consuls provisoires conduisent ensuite à l'éviction progressive de certaines solutions constitutionnelles de Sieyès dans les séances postérieures à ce 1^{er} décembre 1799⁵⁸.

Mais, surtout, une seconde ressource pour confirmer le classement interne réalisé par Fortoul des premières idées de Sieyès sur la Constitution de l'an VIII peut certainement résider dans la notion précise de *notabilité* qu'il emploie dans ses premières notes. En effet, dans son titre portant sur l'« échelle de proposition et fonctions ascendantes⁵⁹ », c'est-à-dire sur son système de collèges électoraux, Sieyès porte l'observation finale suivante en la soulignant partiellement : « On ne veut pas du mot de *notables*, ce seront des *députés* au collège électoral⁶⁰ ». Or, non seulement Sieyès reprend son travail et raye dès lors ce terme de « notable » employé au début de ce titre⁶¹, mais il n'emploie plus ensuite cette terminologie, que cela

⁵⁶ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce intitulée « Du promulgateur des lois. Grand Électeur » pièces 37-40, n^{os} 97-100. P.-Y. QUIVIGER, *Le Principe d'immanence*, op. cit., p. 408.

⁵⁷ « Sieyès s'était occupé d'élaborer le plan de la nouvelle Constitution. Elle fut présentée à la Commission gouvernementale le 1^{er} décembre 1790. En voici le rapide aperçu : Tout individu âgé de 21 ans, ayant la qualité de Français, devait se faire inscrire sur un registre déposé à la commune. Les membres inscrits sur cette liste formaient trois catégories d'électeurs, pris, par dixième, dans chaque catégorie. La première nommait les maires, les sous-préfets et les juges de première instance ; la deuxième, les Conseils de département, les préfets, les juges de paix et les juges d'appel ; enfin la troisième nommait les membres du Corps-Législatif, les conseillers d'État, les ministres, les juges du Tribunal de cassation, etc. Le Pouvoir législatif était organisé de la manière suivante : le Corps législatif, le Tribunat et le Conseil d'État. Au-dessus de ces deux autorités planait le Sénat conservateur. Le Corps-Législatif se composait de trois cents membres ; le Tribunat de deux cents membres, et le Sénat de cent membres. Quant au Conseil d'État, le nombre de ses fonctionnaires était illimité. À la tête du Pouvoir exécutif était un directeur suprême. À ce directeur s'adjoignaient deux Consuls : un *Consul à la paix* et un *Consul à la guerre*. Le directeur nommait les deux derniers, ainsi que les ministres, les ambassadeurs et les hauts fonctionnaires de l'État. En vertu de ce pouvoir, il portait le titre de *grand électeur* » (A. HUARD, *Histoire illustrée du Consulat de l'Empire*, Paris, Ch. Albessard et Berard, 1862, p. 11-13).

⁵⁸ A. VANDAL, *L'avènement de Bonaparte*, op. cit., t. I, p. 502 sqq., en part. p. 508.

⁵⁹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 57.

⁶⁰ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 60.

⁶¹ « 10^e Les députés ~~notables~~ sont convoqués pour former le collège électoral au chef lieu du dép^t, ils suivent dans leurs opérations électorales les règles développées pour les 6 art. précédents » (A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 58).

soit dans ses premiers écrits sur la constitution de l'an VIII, ainsi que dans l'ensemble de ses projets suivants. Conformément à son observation, il remplace ce même terme, qu'il désapprouve désormais, par celui de « député » dans ses manuscrits postérieurs⁶². Ensuite, Sieyès fait aussi référence à la notion de « liste d'éligibles » pour caractériser son système électoral fondé sur une hiérarchie pyramidale⁶³. Cette évolution sémantique permet également de corroborer l'idée selon laquelle ces premières idées de Sieyès semblent bien avoir déterminé les notes de Boulay de la Meurthe. Ce dernier a, en effet, repris la terminologie originaire de Sieyès en écrivant que, dans le système de l'abbé, « il y a trois degrés ou listes de notabilité ou d'éligibilité, comme trois degrés de fonctions publiques⁶⁴ ». Dans son commentaire de la Constitution de l'an VIII, Roederer utilise d'ailleurs strictement la même explication que Boulay de la Meurthe, en soulignant que l'essence du Consulat est de reposer sur l'« institution d'une notabilité graduelle, ou éligibilité graduelle aux fonctions publiques⁶⁵ ». De la même manière, dans l'ensemble de ses dispositions manuscrites, Roederer fait référence à différentes « classes de notables⁶⁶ », et à des « notables de la nation et des départements⁶⁷ », ce qui laisse sans doute transparaître une influence des premières idées de Sieyès. En revanche, les manuscrits de Daunou et le *Tableau de l'organisation sociale de la République* publié par Chabaud ne reprennent dans aucune de leur disposition cette expression de

⁶² « 13. Les députés convoqués au chef lieu du dép^t, ~~ont aussi leur Bureau de 7 membres, qu'il renouvellent~~ nomment leur président et leurs serviteurs dans leur f[*illisible*]. [...] 15° Le nombre des députés à nommer tant par les assblées 1^{er} que par les collèges électoraux ~~leur~~ est assigné par les réglemens cñels [*constitutionnels*]. [...] 16° Outre les élections des députés, les assblées 1^{er} et les collèges électoraux font leur liste des éligibles aux fonctions et emplois primaires, aux fonctions et emplois départementaux » (A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 61. Voir également A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 62 verso ; A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 70, p. 4 ; A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 72, p. 6 ; A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 76-77, p. 3-4).

⁶³ « 6° La base politique dans les cantons est dans les assemblées 1^{er}, formées des citoyens primaires, elles sont plus ou moins nombreuses suivant le nombre de citoyens 1^{er}, elles forment autant de sections dans le même canton. Elle dép[*illisible*] au collège électoral, et sont pour le canton leur propositions d'éligibles aux emplois publics. 7° Le collège électoral nomme les députés nationaux pour la légr & fait aussi la liste d'éligibles aux fonctions et emplois publics ». A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 41 verso. « 13. Le bureau mñpal est nommé par le préfet, il ne peut l'être que sur la liste des éligibles des assemblées 1^{er} du Canton. Il nomme de la même manière tous les maires de quartiers » (A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 42 verso).

⁶⁴ A.-J. BOULAY DE LA MEURTHE, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, op. cit., p. 16.

⁶⁵ « Institution d'une notabilité ~~publique~~ graduelle, ou éligibilité graduelle aux fonctions publiques ». C'est Roederer qui souligne ce commentaire sur la Constitution de l'an VIII (A.N. 29AP/79).

⁶⁶ « Ces cinq millions d'habitans divisés en communes de 40 lieux quarrés, élisent par communes le dixième d'entre eux pour forme une première classe de notables, ~~leur~~ cette classe sera donc composée de 500 000 notables du 1^{er} degré, ou notables de communes. Ces notables du 1^{er} degré se rassemblent par département, et extraient par élection le dixième d'entre eux pour former une seconde classe de notable. Cette 2^e classe sera donc composée de 50, 000 notables du 2^e degré, ou notable de département. Ces notables du 2^e degré ~~se rassemblent~~ sans se rassembler mais en se formant par arrondissement de 4 départemens et extraient par élection le 10^e d'entre eux pour former une 3^e classe de notables du 3^e degré, ou notables de la nation ». C'est Roederer qui souligne. A.N. 29AP/79, *Organisation d'un gouvernement représentatif*, p. 2.

⁶⁷ A.N. 29AP/79, *Organisation d'un gouvernement représentatif*, p. 3. « Pour l'exercice du pouvoir législatif il y a 1° un corps de 400 personnes prises entre les notables de la nation. Ce sont elles qui font la loi ». C'est Roederer qui souligne (*ibid.*, p. 6).

« notabilité ». Chabaud propose le système de degrés d'élection sous le titre de « Listes d'éligibilité » nationale, départementales et communales⁶⁸. Daunou témoigne même d'une évolution probablement liée aux débats des commissions, car s'il évoque simplement dans ses premiers manuscrits la notion de « députés », sa seconde rédaction du projet de constitution laisse ensuite apparaître la notion de « liste de confiance⁶⁹ ».

II. LES PROJETS ALTERNATIFS DE ROEDERER

Une deuxième série de sources documentaires, immédiatement antérieure à la Constitution de l'an VIII, peut être associée aux manuscrits de Roederer. Selon le témoignage de Boulay de la Meurthe, Roederer est aussi l'auteur d'un projet alternatif de constitution, ou plutôt de projets alternatifs au regard de son dossier, lorsqu'il fut question d'essayer de rapprocher les vues divergentes de Sieyès et de Bonaparte⁷⁰. Cette cristallisation de l'opposition entre les deux consuls provisoires semble même être résumée dans un tableau manuscrit de Roederer, dans lequel il distingue un système apparaissant sous la lettre « S » avec un autre plan développé sous la lettre « B ». Dans la première hypothèse, la solution de Sieyès aurait privilégiée, dans une logique hiérarchique, un Collège des conservateurs, puis un grand électeur, suivis de deux consuls gouvernant 14 ministres. Dans la seconde hypothèse proposée par ce tableau sous la lettre « B », Bonaparte aurait favorisé la création d'un Collège des conservateurs, mais en privilégiant ensuite l'instauration de trois consuls, dont un président, puis en confirmant enfin l'adoption d'un même exécutif formé de 14 ministres⁷¹.

Ces manuscrits constitutionnels de Roederer, dont la publication demeure partiellement inédite, s'inspirent largement du plan de constitution de Sieyès, dont il affirme avoir pris connaissance dès le 27 octobre 1799 (5 brumaire an VIII) et que l'abbé n'aura de cesse de développer dans les jours suivants⁷². Dans ses commentaires manuscrits de la Constitution de l'an VIII, Roederer reconnaît d'ailleurs l'imposante dette contractée par les constituants à l'égard de l'abbé, en affirmant :

je crois de mon devoir de contribuer à répandre cette vérité. Cette constitution établit un grand pouvoir ; elle le confie à Bonaparte. Il importe qu'on sache que l'honneur de l'avoir faite appartient principalement à Sieyès⁷³.

⁶⁸ CHABAUD (DU GARD), *Tableau de l'organisation sociale de la république française*, op. cit.

⁶⁹ J.-Y. COPPOLANI, *Les élections en France à l'époque napoléonienne*, préf. de R. Aubenas, Paris, Albatros, 1972, p. 10. Sur Daunou, voir Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F86.

⁷⁰ A.-J. BOULAY DE LA MEURTHE, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, op. cit., p. 48.

⁷¹ A.N. 29AP/79, ce document fait suite à un autre tableau comportant le n° 83.

⁷² P.-L. ROEDERER, *Bonaparte me disait : conversations notées par le Comte P.-L. Roederer*, Paris, Impr. de Montsouris, 1942, p. 19.

⁷³ « Il faut pour Bonaparte que les pouvoirs qu'il va exercer ait été créé par un autre que lui. L'honneur de l'invention doit être d'un côté celui de l'exécution de l'autre. Par ce moyen l'honneur du désintéressement sera également à tous les deux » (A.N. 29AP/79).

Mais, ce serait minorer la part que Roederer prend lui-même à cette entreprise constitutionnelle que de méconnaître la diversité des solutions qu'il propose. D'ailleurs, on prête à Napoléon, lorsqu'il fut résolu à contester les vues de l'abbé après le 1^{er} décembre 1799, d'avoir proposé à Roederer :

si Sieyès s'en va à la campagne, rédigez-moi vite un plan de constitution ; je convoquerai les assemblées primaires dans huit jours, et je le leur ferai approuver, après avoir renvoyé les commissions⁷⁴.

L'importance des écrits de Roederer mérite ainsi d'être rehaussée compte tenu de leurs différentes rédactions et formulations. S'il demeure lacunaire sur plusieurs points, son projet essentiel demeure son *Organisation d'un gouvernement représentatif*, dont on dispose de deux versions. Une première rédaction reprend en substance des listes d'éligibilités proposées par Sieyès, puis une synthèse de certains des pouvoirs politiques établis par son projet de constitution⁷⁵. Une seconde version porte la mention « copie », mais contient en vérité quelques corrections et ne concorde ainsi pas totalement avec la version originale. Mais, surtout, à côté de ceux-ci, Roederer développe plusieurs fascicules thématiques relativement complets et structurés touchant, pour trois d'entre eux au Corps conservateur et, pour deux autres, à la forme du gouvernement. Dans sa *Théorie constitutionnelle de Sieyès* (1836), Boulay de la Meurthe explique d'ailleurs que c'est précisément « sur certaines attributions du Collège des conservateurs, et principalement sur la structure du gouvernement, que la dispute avait eu lieu » entre Sieyès et Bonaparte⁷⁶. Si l'on ajoute à ces sources manuscrites de Roederer d'autres feuillets rédigés sans titre, l'ensemble de ces pièces laisse alors apparaître six formes différentes d'organisation du gouvernement et du pouvoir exécutif, qu'il demeure possible de reclasser chronologiquement en raison du statut accordé au grand électeur et, plus généralement, au chef de l'État. Ce classement fait ressortir trois évolutions concernant le premier magistrat. Dans son premier projet intitulé *Organisation d'un gouvernement représentatif*, Roederer se montre ainsi d'abord fidèle à une solution recourant à un grand électeur pouvant être « appelé dans le Corps des conservateurs⁷⁷ ». C'est ici reprendre le principe d'absorption des premières notes de Sieyès. Mais dans ses propositions suivantes, Roederer privilégie ensuite une forme de prudence non seulement en se gardant d'évoquer cette possibilité d'une absorption du premier magistrat, qui dispose de la faculté de destituer les consuls, mais surtout en évitant même de mentionner jusqu'au titre de « grand électeur ». Ces réticences à désigner explicitement ce « chef suprême du gouvernement » s'illustre dans de nombreux espaces vides, conservés afin d'ajouter ensuite la véritable dénomination retenue⁷⁸. Si ce haut magistrat ne peut plus être appelé, c'est-à-dire « absorbé » par le Collège des conservateurs, il dispose de la faculté de destituer, sinon d'ostraciser,

⁷⁴ A.-J. BOULAY DE LA MEURTHE, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, op. cit., p. 50. Voir P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., p. 255.

⁷⁵ A.N. 29AP/79, *Organisation d'un gouvernement représentatif*, p. 1.

⁷⁶ A.-J. BOULAY DE LA MEURTHE, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, op. cit., p. 47.

⁷⁷ « Le grand électeur peut aussi être appelé dans le corps des conservateurs et de ce moment ses fonctions cessent » (A.N. 29AP/79, *Organisation d'un gouvernement représentatif*, p. 11).

⁷⁸ A.N. 29AP/79, pièce non numérotée. Dans le dossier de Roederer, cette pièce constitue son quatrième projet sur la forme de l'Exécutif. Mais son contenu, comportant des vides sur la dénomination du chef de l'État, permet en réalité de le rattacher à son second projet.

les deux consuls⁷⁹. Enfin, par la suite, les projets postérieurs de Roederer concernant le système exécutif ont alors chacun repris un système de gouvernement soutenu par Bonaparte, c'est-à-dire celui confié à trois consuls, et présidés par l'un d'entre eux sous le titre de « Premier consul ».

Trois documents imprimés peuvent conforter, en partie, cette évolution progressive des projets Roederer. D'abord, les *Mémoires* de Fouché confirment qu'après le rejet par Bonaparte du système d'un grand électeur pouvant être « absorbé » deux alternatives sont envisagées. La première est l'adoption d'un « président à l'instar des États-Unis, pour dix ans, libre dans le choix de ses ministres, de son Conseil d'État et de tous les agens de l'administration⁸⁰ ». La seconde démontre la volonté « de concilier les opinions diverses, en composant un gouvernement de trois consuls, dont deux ne seraient que des conseillers nécessaires⁸¹ ». En privilégiant cette seconde voie, Roederer semble aussi avoir été sensible au comparatisme réalisé avec le modèle outre-Atlantique, lorsqu'il s'est agi de déterminer le traitement du futur premier consul. Dans une note, il propose ainsi de déterminer ses indemnités par une comparaison avec celles du président américain, rapportées à l'étendue de la population que celui-ci gouverne⁸². Ensuite, un deuxième document confirmant cette évolution du système de l'Exécutif est un court résumé des débats des commissions édités par Gaudet. Dans cette *Nouvelle proposition pour donner à la France une bonne Constitution* (s.d.), il explique que les divers plans discutés en commission, qui sont encore de simples projets, présentent deux alternatives. Pour la première, un grand électeur

serait à vie, ou du moins pour un très-long terme sans responsabilité, ayant autour de lui tout l'appareil de la puissance, et ne pouvant être absorbé, il n'exercerait néanmoins personnellement aucune autre fonction, que de nommer et révoquer à son gré les deux consuls, qui choisiraient les ministres et les conseillers d'État, n'ayant que voix consultatives⁸³.

Dans la seconde, il est question de supprimer « le grand électeur proposé d'abord, ainsi que les deux consuls révocables à sa volonté, pour y substituer trois consuls nommés pour dix ans⁸⁴ ». Enfin, et de la même manière, Boulay de la Meurthe explique que le projet de conciliation de Roederer comportait trois consuls, dont l'un était prépondérant sur les deux autres simplement adjoints, en précisant que « ces deux derniers ne pouvaient rien faire sans le premier, et le premier sans un des

⁷⁹ « 9. Les consuls sont destituables par le ... On propose pour amendement qu'ils ne soient pas destituables, mais ostracisables » (A.N. 284 AP 5, dossier 2 (7)). Rapp. *Des manuscrits de Sieyès*, op. cit., t. I, p. 525. Dans sa *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, Boulay de la Meurthe avait pourtant indiqué privilégier « l'absorption [qui] vaut mieux que l'ostracisme des Anciens ».

⁸⁰ *Mémoire de Joseph Fouché*, op. cit., 1825, t. I, p. 107.

⁸¹ *Ibid.*, p. 108.

⁸² Il indique que « la maison des cinq directeurs contenait 2 millions cinq cents mille livres. Pour que le traitement du 1^{er} consul équivaille à celui du ~~du~~ ^{Président d'Amérique} ~~équivalait~~ président des États Unis d'Amérique, en raison de la population qu'il représente, devrait être de 12 millions ~~quatre~~ ^{quatre} ~~illisible~~ ^{illisible} cents mille francs ~~il faut~~ et le président de l'Amérique n'a jamais ni prince ni souverain à recevoir, il serait absurde que le 1^{er} consul de la république française eût moins de 3 millions » (A.N. 29AP/79, pièce n° 94).

⁸³ GAUDET, *Nouvelle proposition pour donner à la France une bonne Constitution, réduite à 40 articles*, Paris, Renaudière, s.d., p. 6.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 4.

deux adjoints⁸⁵ ». Ce caractère collégial se retrouve d'ailleurs expressément dans l'un des projets de Roederer⁸⁶.

III. LA REPRISE DE L'ÉCRITURE CONSTITUTIONNELLE PAR DAUNOU ET LA VALEUR HISTORIQUE DU *TABLEAU* DE CHABAUD

Un dernier groupement de sources documentaires de la Constitution de l'an VIII est constitué des manuscrits de Daunou, ainsi que du *Tableau de l'organisation sociale* de Chabaud, un ex-membre de la commission du conseil des Cinq-Cents, ayant également participé aux conférences tenues chez les Consuls dès qu'il fut question d'adopter les bases de la nouvelle constitution. L'ensemble des papiers de Daunou peut être considéré comme étant le dernier état des projets constitutionnels, puisque la minute authentique de la constitution est rigoureusement identique à ceux-ci. Nous renvoyons pour ces conclusions à notre étude sur les manuscrits de Daunou et de l'ultime rédaction de la Constitution de l'an VIII⁸⁷.

Le *Tableau* de Chabaud demeure également un document relativement peu exploité. Si Jean Bourdon le cite partiellement, Paul Gaucher ne le mentionne d'ailleurs pas. Ce document imprimé apparaît relativement structuré et abouti, puisqu'il comporte, d'un point de vue formel, le double d'articles de la Constitution de l'an VIII⁸⁸. Il pose cependant une difficulté dans la mesure où il demeure particulièrement atypique en raison de ses nombreuses différences autant avec les projets de Sieyès que ceux de Roederer, mais également avec les écrits de Daunou jusqu'au texte de la Constitution de l'an VIII. Sa cohérence et sa complétude portent à envisager qu'il s'agit soit d'un projet alternatif, soit d'une solution de reclassement des articles de la Constitution de l'an VIII, ou plus certainement d'un texte imprimé reprenant certaines solutions débattues dans les commissions. Peut-il en particulier développer des éléments débattus dans les commissions ? Afin d'identifier laquelle de ces valeurs accorder à ce document, il convient préalablement d'essayer de l'inscrire dans la chronologie des projets en considérant deux éventualités, soit que les dispositions de Chabaud ne constituent qu'une reformulation postérieure des règles adoptées par la Constitution de l'an VIII, soit qu'elles lui apparaissent véritablement antérieures. Pour déterminer cette chronologie, la méthode consiste alors dans la comparaison systématique de chacune des dispositions de ces sources documentaires, avec une attention particulière pour les manuscrits de Daunou et la minute authentique de la Constitution.

Dans cette première hypothèse, l'édition du 31 décembre 1799 (10 nivôse an VIII) de la *Décade* présente cette publication de Chabaud comme étant « la constitution rangée dans un ordre méthodique. On y trouve toutes les parties qui composent l'acte constitutionnel, et qui méritaient d'y entrer⁸⁹ ». De nombreuses

⁸⁵ A.-J. BOULAY DE LA MEURTHE, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, op. cit., p. 48.

⁸⁶ A.N. 29AP/79, pièce non numérotée, faisant suite à la pièce 87.

⁸⁷ S. BLOQUET, « La genèse de la Constitution de l'an VIII et ses ultimes modifications manuscrites », op. cit., p. 5-93.

⁸⁸ Le *Tableau* de Chabaud comporte 185 articles, contre 95 pour la Constitution de l'an VIII.

⁸⁹ La *Décade Philosophique, littéraire et Politique*, 10 nivôse an VIII [31 décembre 1801], p. 56. Une autre source confirme cette publication en l'an VIII : *Mémorial constitutionnel depuis 1789*, Paris, Rondonneau, An VIII, p. 305.

solutions concordent d'ailleurs avec l'acte final comme, à titre d'illustration, en matière de remplacement des citoyens éligibles, où quatre dispositions apparaissent dans le même esprit et dans une même suite de solution, ou en ce qui concerne le statut du Premier consul⁹⁰, du Conseil d'État⁹¹ et des ministres⁹². Pour autant, il ne s'agit pas d'une parfaite concordance, car le texte de Chabaud n'est jamais littéralement conforme au deuxième projet de Daunou, ni avec la Constitution de l'an VIII. Chabaud s'en distingue même en proposant des dispositions qu'on ne retrouve pas dans la Constitution, comme des règles générales concernant la distinction entre la loi et le règlement⁹³, la police⁹⁴, ainsi quelques articles concernant le Premier Consul⁹⁵, plusieurs dispositions concernant les ministres⁹⁶, ainsi que des articles relatifs à l'organisation de l'administration des bureaux intermédiaires ou des communes⁹⁷. Parfois, Chabaud semble avoir même redistribué plusieurs articles

⁹⁰ DISPOSITIONS GÉNÉRALES. « IV. Le premier Consul fait exécuter toutes les lois selon les formes et par les agens établis par la loi fondamentale. V. Il nomme, sur les trois listes d'éligibles, tous les agens du pouvoir exécutif intérieurs et extérieurs ; il les révoque à son gré » ; « XX. Il est irrévocable et irresponsable ; il représente la majesté nationale ; il a un palais et une garde ».

⁹¹ « ARTICLE PREMIER. Le premier Consul nomme les membres du Conseil d'État, et les révoque à son gré. II. Nul ne peut être élu ou conservé membre du Conseil d'État s'il n'est inscrit et maintenu sur la liste nationale. III. Le Conseil d'État adresse au Corps législatif tous les projets de loi, il les discute devant lui par ses orateurs. IV. Le Conseil d'État ne peut jamais envoyer plus de trois orateurs pour la défense d'un même projet de loi »

⁹² « Art. VIII. L'un des Ministres est spécialement chargé de l'administration du trésor public ; il assure les recettes, ordonne les mouvemens de fonds et les paiements autorisés par la loi. IX. Ce Ministre ne peut rien payer qu'en vertu, 1°. d'une loi, 2°. d'un arrêté du Gouvernement, 3°. d'un mandat signé par un Ministre ».

⁹³ DISPOSITIONS GÉNÉRALES. « ARTICLE PREMIER. La loi est l'obligation imposée par la société à chacun de ses membres » ; II. « Le règlement est fait pour assurer l'exécution de la loi : il ne peut imposer d'obligation qui lui soit étrangère ».

⁹⁴ DISPOSITIONS GÉNÉRALES. « V. La police intérieure appartient respectivement à chacune de ces trois autorités. »

⁹⁵ DISPOSITIONS GÉNÉRALES. « IV. Le premier Consul fait exécuter toutes les lois selon les formes et par les agens établis par la loi fondamentale. V. Il nomme, sur les trois listes d'éligibles, tous les agens du pouvoir exécutif intérieurs et extérieurs ; il les révoque à son gré » ; « XX. Il est irrévocable et irresponsable ; il représente la majesté nationale ; il a un palais et une garde ».

⁹⁶ Dispositions relatives aux Ministres. « II. Ils correspondent avec les Préfets Généraux et les Administrations des bureaux intermédiaires ; ils leur transmettent toutes les lois, arrêtés, réglemens ; ils veillent à leur exécution. III. Le premier Consul nomme les Ministres, il peut les révoquer. IV. Nul ne peut être élu ou conservé Ministre, s'il n'est inscrit et maintenu sur la liste nationale des éligibles » ; « X. Les Ministres ont voix au Conseil d'État. XI. Chaque Ministre publie ses comptes, détaillés signés et certifiés par lui. XII. Le traitement des Ministres est pris sur les revenus annuels de la République ».

⁹⁷ ADMINISTRATION. *Préfets généraux*. « ARTICLE PREMIER. Les Préfets généraux du Gouvernement sont nommés par le premier Consul sur la liste des éligibles du département. II. Ils reçoivent des Ministres et transmettent aux Préfets des communes les lois, arrêtés et réglemens : ils en surveillent l'exécution » ; *Administration des Bureaux intermédiaires*. « Article premier. Elles sont composées de trois membres choisis par le premier Consul sur la liste des éligibles du département. II. Elles répartissent les contributions entre les communes. III. Elles surveillent, de concert avec le Préfet général, les administrations des communes » ; *Préfets*. « ARTICLE PREMIER. Ils sont nommés par le premier Consul sur la liste des éligibles de la commune. II. Ils reçoivent du Préfet général du département tous les actes des autorités constituées, et sont chargés de les faire exécuter » ; *Administration des communes*. « ARTICLE PREMIER. Elles sont composées de trois membres pris sur la liste des éligibles de la commune. II. Elles répartissent ou font répartir les

de la Constitution sous une nouvelle forme, comme ceux concernant le gouvernement qu'il regroupe sous un titre général concernant les prérogatives du Premier Consul formant un ensemble de 23 articles⁹⁸. Sans doute, cette nouvelle distribution peut être interprétée comme la volonté d'une simplification des articles de la Constitution, sous un autre plan et en recourant presque systématiquement à une reformulation simplifiée de leur dispositif.

Mais, compte tenu de ces différences entre la Constitution avec le texte de Chabaud, il serait aussi possible de considérer ce *Tableau*, dans une seconde hypothèse, comme une reprise partielle des travaux des commissions. C'est à ce titre que, faisant figure d'exception, Jean-Yves Coppolani, étudie ce document dans son ouvrage portant sur *Les élections en France à l'époque napoléonienne* (1972), en le présentant comme une source ayant servi « de document de travail lors de l'élaboration de la Constitution de l'an VIII⁹⁹ » et, plus loin, comme un document incarnant les « travaux préparatoires de la Constitution de l'an VIII¹⁰⁰ ». Une preuve de ce caractère non abouti de ce tableau serait notamment la formulation précipitée de certaines solutions institutionnelles, qui semblent inconciliables, comme en matière d'élection¹⁰¹. Une note manuscrite non identifiée portée dans le dossier Sieyès, dont l'objet est de classer ses manuscrits, indique d'ailleurs que ce document est le « croquis pris par Chabaud dans nos conférences préliminaires », c'est-à-dire qu'il s'agit d'une formule laissant entendre qu'elle fut rédigée par un contemporain¹⁰². Parmi les arguments qui permettent d'étayer l'hypothèse d'une mise en ordre par Chabaud du travail des commissions, il est possible de souligner que ce document ne reprend aucune des dispositions de la Constitution concernant le Titre VII ayant pour objet des « Dispositions générales ». Si l'on peut expliquer cette carence par le souhait de Chabaud de se concentrer uniquement sur les dispositions traitant de l'organisation des pouvoirs politiques, cette omission peut aussi se comprendre parce que ces articles sont propres au deuxième projet de Daunou, et apparaissent alors plus tardifs dans le processus d'élaboration de la Constitution. D'ailleurs, au nombre des éléments accréditant l'idée d'une antériorité des dispositions du *Tableau* de Chabaud sur la Constitution, plusieurs similitudes peuvent être relevées avec des articles du premier projet rédigé par Daunou, qui ont été rejetées ensuite et que l'on ne retrouve plus ni dans son second projet, ni dans la Constitution de l'an VIII. Ces identités des articles, concernant précisément les modalités techniques et précises d'organisation des élections, prouvent ainsi que Chabaud s'en

contributions entre tous les citoyens, et administrent la commune de concert avec le Préfet. III. Elles veillent essentiellement à la sûreté publique et au maintien des droits de chacun des membres de la commune. IV. Elles surveillent la rentrée des contributions, l'acquittement des charges locales et leur emploi ».

⁹⁸ Souvent une redistribution de dispositions est réalisée. Par exemple, Chabaud reprend et propose 23 articles sur le premier consul. Ces dispositions sont placées en partie sous le titre du gouvernement dans la Constitution de l'an 8 et chez Daunou.

⁹⁹ J.-Y. COPPOLANI, *Les élections en France à l'époque napoléonienne*, op. cit., p. 10.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁰² A.N. 284 AP 5 dossier 2 (1).

réfère aussi à des sources antérieures à la Constitution an VIII¹⁰³. De la même manière, on retrouve chez Chabaud certaines dispositions, très certainement discutées dans les commissions, et qui avaient déjà été évoquées dans les projets de Sieyès et de Roederer, mais qui disparaissent ensuite dans les rédactions de Daunou et dans la Constitution de l'an VIII. Ces articles de Chabaud, que l'on peut rapprocher des premières idées de la Constitution, concernent notamment la garde consulaire et le palais national occupé par les premiers magistrats¹⁰⁴. Malgré la complétude et l'exhaustivité du projet de Chabaud, on peut aussi souligner que celui-ci demeure aussi parfois moins précis que les solutions retenues par la Constitution, comme en ce qui concerne les modalités de présentation des projets de loi par les tribuns devant le Corps législatif¹⁰⁵.

Tout en gardant des réserves nécessaires pour ce dernier document, l'étude des projets manuscrits, replacés dans une tendance chronologique générale permet pour le moment de déterminer, en observant leurs similitudes ou oppositions, et selon de simples vraisemblances, l'orientation des choix institutionnels opérés en l'an VIII.

¹⁰³ « DES LISTES ÉLIGIBLES. *Liste communale*. ARTICLE PREMIER. Le mois de germinal de chaque année est consacré aux élections des citoyens » (CHABAUD (DU GARD), *Tableau de l'organisation sociale de la république française*, op. cit.). Selon l'article 13 du premier projet de Daunou, « au 1^{er} germinal de chaque année impaire, à commencer en l'an 9, il se formera en chaque arrondissement des assemblées primaires, égales à peu près en nombre, de citoyens ay^t droit d'y voter. Chacune de ces assemblées élira un membre du conseil d'arrondissement » (Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F84 verso). Le *Tableau* de Chabaud comporte une autre similitude : « *Liste départementale*. ARTICLE PREMIER. Le mois de floréal de chaque année est consacré à la formation de la liste départementale des éligibles ». L'article 14 du premier projet de Daunou dispose que « le 1^{er} floréal de chaque année impaire, il se formera en chaque dpt une assemblée électorale composée de tous les conseils d'arrondissement réunis » (Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F84 verso).

¹⁰⁴ « SECOND CONSUL. VII. Il est logé dans un palais national, et a une garde ; TROISIÈME CONSUL. VI. Il a un palais et une garde » (CHABAUD (DU GARD), *Tableau de l'organisation sociale de la république française*, op. cit.). Dans les premières idées de Sieyès, on trouve des dispositions comparables : « 5^o Aussitôt le successeur au trône prête son serment, et reçoit celui de tous les assistants. 6^o Les voitures de la couronne le transportent à son palais, au milieu du plus gd appareil ; il s'assied sur le trône, et y reçoit le serment des chefs de corps » (A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 53, n° 2). Roederer a également repris l'esprit d'un statut nécessaire et particulier pour le chef de l'État : « 2. Il habite le palais consulaire où C'est dans son palais que où se réunisse les consuls pour l'exercice des fonctions consulaires, et où sont conservées établies les archives du consulat. Il y a une garde particulière. 3. Les consuls ont chacun une garde de qui ne pourra excéder 200 d^e hommes 200 hommes dont 50 à cheval. Celle du premier consul et du palais consulaire, ne pourra être portée excéder le au nombre de 1800 hommes dont 300 hommes à cheval » (A.N. 29AP/79, *Système général du pouvoir exécutif*, p. 3). Roederer présente une autre solution comparable concernant le Premier consul : « V. Il habite le Palais national où se réunissent les consuls pour l'exercice des fonctions consulaires, et où sont établies les archives du gouvernement. VI. Les consuls occupent chacun un palais national séparé, ils ont chacun une garde qui ne peut excéder 200 hommes dont 50 à cheval. La garde du premier consul qui est en même tems celle du Palais consulaire et des archives, ne peut excéder le nombre de 1800 hommes dont 300 hommes à cheval » (A.N. 29AP/79, *Organisation du Consulat et traitement des Consuls*, pièce n° 94).

¹⁰⁵ Concernant le Tribunat, Chabaud précise que celui-ci « envoie des orateurs pour discuter les projets de loi devant le Corps législatif. Leur nombre ne peut excéder trois » (CHABAUD (DU GARD), *Tableau de l'organisation sociale de la république française*, op. cit.).

CONCLUSION

L'étude croisée de ces sources permet de renseigner sur l'évolution de la rédaction de la Constitution de l'an VIII. Si les écrits de Sieyès sont incontestablement à la source des dispositions discutées¹⁰⁶, il convient aussi de mesurer les apports réalisés, sous l'autorité de Bonaparte, par Roederer et Daunou jusqu'au texte final. Plusieurs axes de recherches permettent de favoriser les rapprochements en la matière, comme la question de la garantie de l'ordre constitutionnel par une assemblée conservatrice, la forme du gouvernement, l'organisation du pouvoir législatif, les listes d'éligibles, ou la thématique de la garantie des droits.

À titre illustratif, la première de ces thématiques, celle de la garantie de l'ordre constitutionnel, apparaît comme une préoccupation constante des différentes rédactions. L'impulsion de Sieyès demeure déterminante en ce domaine, bien que l'écriture de la constitution conduit à vider de sa substance l'assemblée gardienne des institutions proposée initialement. Depuis le 2 thermidor an III, Sieyès avait exposé la nécessité d'instaurer un Corps de représentants disposant de la mission spéciale de « juger et prononcer sur les plaintes en violation de constitution, qui seraient portées contre les décrets de la législature ». Symboliquement, ses notes constitutionnelles élaborées en l'an III contiennent un croquis sous une forme triangulaire dominé par un jury constitutionnaire conçu comme « un frein constitutionnel¹⁰⁷ ». En l'an VIII, les premières idées de Sieyès sur le projet de constitution démontrent la permanence de sa pensée en la matière. Dénommée par la suite « Collège des conservateurs », cette institution incarne une haute institution gardienne de l'ordre constitutionnel. Boulay de la Meurthe évoquait ainsi que, dans la pensée originaire de Sieyès, l'instauration d'une magistrature constitutionnaire s'expliquait « non seulement pour le maintien de la constitution mais pour les améliorations successives que le progrès des lumières et les besoins de l'État pourraient solliciter¹⁰⁸ ». Ces éléments se retrouvent précisément dans les premières notes de Sieyès sur les institutions de l'an VIII, qui exposent la double finalité de cette assemblée garante de la constitution. En s'inspirant de ces premières idées de Sieyès, les manuscrits de Roederer¹⁰⁹, Daunou¹¹⁰ ou Chabaud¹¹¹ reprennent chacun un organe comparable chargé de défendre les institutions. Sous des compétences sensiblement différentes, une assemblée spécifique se situe ainsi au sommet de leurs projets de constitution en qualité d'organe régulateur des pouvoirs politiques et de la stabilité de l'État¹¹². La dénomination de cette autorité évolue toutefois constamment à travers le processus d'élaboration de la Constitution de l'an VIII, puisque

¹⁰⁶ A.-J. BOULAY DE LA MEURTHER, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, op. cit., 1836, p. 58.

¹⁰⁷ SIEYÈS, A.N. 284 AP 5, dossier 1 (2).

¹⁰⁸ A.-J. BOULAY DE LA MEURTHER, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, op. cit., p. 32.

¹⁰⁹ ROEDERER, A.N. 29AP/79, ce document fait suite à un autre tableau comportant le n° 83.

¹¹⁰ DAUNOU, Bib. Nat. Ms., NAF 21891.

¹¹¹ CHABAUD (DU GARD), *Tableau de l'organisation sociale de la république française*, op. cit.

¹¹² Les *Mémoires* de Fouché expliquent d'ailleurs que cette présentation des pouvoirs politiques sous la forme d'un « chapiteau » était connue de tous, lorsqu'il écrit que l'« on savait que le gouvernement de Sieyès devait se terminer en point, en une espèce de sommité monarchique plantée sur des bases républicaines » (*Mémoires de Joseph Fouché*, op. cit., p. 106).

sont successivement évoqués par Sieyès un « Jury conservateur »¹¹³ et un « Collège conservateur »¹¹⁴. Roederer reprend ensuite le nom de « Corps conservateur »¹¹⁵, tandis que les premières notes de Daunou évoquent un « Collège des conservateurs »¹¹⁶, puis un « Sénat conservateur » dans ses écrits suivants déterminant le choix définitif réalisé en l'an VIII¹¹⁷. Une première étude de l'ensemble des sources manuscrites permet de confirmer le rôle central que devait exercer, dans l'esprit de Sieyès et des projets ultérieurs, cette haute institution¹¹⁸. Mais il convient d'observer que, tout au long du processus de rédaction de la Constitution de l'an VIII, cet organe perd d'abord ses attributions de nomination et de destitution du chef de l'État. Son rayonnement s'affaiblit encore en matière de défense des institutions, non seulement en ce qui concerne les éventuelles modifications de la constitution soumises à des formes strictes, mais aussi à l'égard de sa protection contre les actes législatifs qui lui sont contraires.

De plus, au moment où les compétences du jury constitutionnaire déclinent, celles du chef de l'État connaissent une ascension progressive. Un rôle original d'arbitrage et de garant des institutions est d'abord assigné à ce premier magistrat dans les premiers écrits de Sieyès, conduisant à son irresponsabilité politique et un rôle purement représentatif. Mais certains des manuscrits de Roederer reprennent déjà la physionomie des futures institutions, développant un système fondé sur la présence de trois consuls aux compétences collégiales. Ce n'est que progressivement que se détache un Premier consul aux attributions propres lui permettant, à titre d'illustration, de négocier les traités de guerre et de paix, voire de solliciter la suspension de la Constitution en cas de troubles à l'ordre public. Plus libéraux et protecteur des droits des citoyens, les projets alternatifs de Daunou ne peuvent endiguer ce mouvement profond visant à restaurer le principe d'autorité de l'Exécutif dans les institutions, mais altérant la garantie des droits individuels. En somme, la pluralité de ces projets ne permet en aucune manière de contenir le rôle du chef de l'État dans des bases étroites. Bien au contraire, leur multiplicité offre sans doute la possibilité pour Bonaparte de composer un modèle constitutionnel propre, visant à affermir son autorité politique dans l'État.

Sylvain Bloquet

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité.

¹¹³ SIEYÈS, 2^e projet, A.N. 284 AP 5, dossier 2 (6), Premier projet de constitution, pages numérotées de 1 à 5, pièces 140 à 144. Voir P.-Y. QUIVIGER, *Le Principe d'immanence*, op. cit., p. 395-397.

¹¹⁴ SIEYÈS, 3^e projet, A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 79, p. 6.

¹¹⁵ A.N. 29AP/79. Feuille indépendant intitulé « Du corps conservateur ».

¹¹⁶ Bib. Nat. Ms., NAF 21891.

¹¹⁷ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F94 verso.

¹¹⁸ S. BLOQUET, « L'évolution du projet de Constitution de l'an VIII à travers ses sources manuscrites », T. Lentz (dir.), *Actes du Colloque Napoléon et le droit, Droit et justice sous le Consulat, 14, 15 et 16 mars 2017*, Paris, CNRS Éditions, à paraître.

Emmanuel-Joseph Sieyès

Premières Idées de la Constitution de l'an VIII

LOI ORGANIQUE DE L'ORDRE POLITIQUE EN FRANCE

PREMIÈRES IDÉES DE LA C^{ON} DE L'AN 8¹

Organisation lég [législative]

Si l'on avait voulu en 1789 s'occuper de l'organisation du corps chargé de voter la loi, en le distinguant des entités positives de l'établissement central, nous n'aurions pas connu tous les dangers, éprouvé tous les malheurs, suite inévitable de ce défaut d'organisation. Dans un corps unique en seul maître, la majorité écrasera la minorité, puisqu'elle peut écraser. Telle est la marche des passions, et c'est la faute du légis. Mais où est le légis ? Et comment construire une machine avec des hommes d'autant plus actifs dans cette construction gnals [générales] n'y entendent rien...

C^{on}. Tit. 1^{er} Articles préliminaires.

Nécessité d'une C^{on} Esprit de la C^{on} française²

1^{er}. Tous les français sont avec le besoin de la liberté civile. Tous veulent en jouir. Mais, l'expérience et le besoin démontrent également que la liberté civile n'est affirmée et garantie que par la liberté politique. Organiser la liberté politique [*pour assurer la liberté civile*], tel est l'objet de la Constitution³.

2^o. Il n'y a d'autre pouvoir politique en France que le pouvoir national⁴.

3^o Un prétendu contrat entre la masse des citoyens et un ou plusieurs maîtres est une idée fausse, une monstruosité politique et morale⁵.

4^o ~~Une fonction publique quelle qu'elle soit ne peut qu'~~ [*illisible*] Toute fonction publique peut être considérée comme une mission, une charge, un devoir ; il est absurde de penser qu'elle puisse devenir la propriété d'un homme ou de plusieurs,

¹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4).

² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 37.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

à plus forte raison, ne peut elle être regardée comme propriété héréditairement transmissible⁶.

5° L'ordre politique ne peut être fondé que sur l'intérêt gñal [*général*]⁷.

6° La nation française ~~ne veut~~ n'entend se constituer ni en monarchie, ni en république, ni en aristocratie, ni en démocratie, ni en despotisme. Toutes ces dénominations, [*illisible*] vagues, altérées et corrompues se sont toujours prêtées à tous les genres d'abus, ~~sont~~ elles restent étrangères au véritable caractère du bon ordre et d'un bon gouv^r [*gouvernement*]⁸.

7° La France se constitue en association politique, association volontaire, ou les pouvoirs publics sont exercés par des représentants spéciaux élus librement dans les formes constitutionnelles par la généralité des associés. Si l'on fait attention ~~qu'~~aux personnes revêtues des pouvoirs publics, c'est le régime représentatif. Si l'on considère l'esprit de la constitution, c'est un véritable pouvoir social, où tout ce qu'il y a de bon dans les dénominations usitées se trouve, et d'où tous ce qu'il y a de mauvais et de dangereux est écarté⁹.

~~8° La séparation des pouvoirs publics, constitués de manière qu'ils ne puissent sortir de leurs limites et qu'aucune [*illisible*] d'eux ne puisse usurper sur les autres, est d'une nécessité fondamentale. Accorder cette séparation avec l'unité politique nationale est un objet besoin non moins essentiel, non moins fondamental¹⁰.~~

8° L'unité politique de la nation française est reconnue de nécessité 1^{ère} et fondamentale.

La séparation de ses pouvoirs publics est un besoin ~~également~~ non moins essentiel, ~~également~~ non moins fondamental¹¹.

9° ~~Tous les pouvoirs publics sont limités, en ce sens, qu'aucun d'eux ne puisse usurper sur les autres et que chaque e^o [*illisible*]¹².~~

Il n'y a nulle part des pouvoirs illimités. Chaque ordre de [*illisible*] ne peut exercer que les pouvoirs qui lui sont spécialement délégués par la Cñ¹³.

~~Si l'on considère l'esprit de la constitution, c'est un ordre social ; si l'on veut ne considérer fait attention qu'aux personnes revêtues des pouvoirs publics, c'est le système représentatif¹⁴.~~

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 37 verso.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 38.

8° ~~Chaque ordre de représentants ne peut exercer que les pouvoirs qui lui sont spécialement délégués par la Constitution. Car, il n'y a, nulle part, des pouvoirs illimités~~¹⁵.

9° La nation ~~ne confie pas~~ n'abandonne pas à ses représentants, même considérés en masse, la totalité de son pouvoir ou de ses moyens ; Elle n'en confie et n'en met en représentation que la portion nécessaire au maintien de l'ordre public, aux besoins d'une bonne défense extérieure, et à la prospérité de l'État, en un mot, à la bonne situation de la chose publique¹⁶.

10° La chose publique n'est ~~[illisible]~~ que relative qu'aux besoins publics ; c'est uniquement pour y parvenir qu'est créé et organisé l'établissement public. Il se compose de personnes et de choses destinées et dévouées au service de la constitution et de la loi¹⁷.

11° Les hommes publics ne doivent envisager leurs droits que comme ceux de leur délégation. Mais, leur devoir sont personnels, fondés sur l'engagement qu'ils ont pris de remplir leurs missions pendant toute sa durée, au gré de la constitution et de la loi¹⁸.

12° Les prérogatives, elles-mêmes, que la Constitution attache à la première place de l'état n'ont d'autres origines et d'autres motifs que l'intérêt gñal [général]. Tout existe dans l'ordre politique pour le service de la Cñ [Constitution] et de la loi¹⁹.

13° La constitution n'est, à proprement parler, que l'organisation des parties les plus importantes et l'établissement public national.

~~La fixation de leurs pouvoirs spéciaux respectifs et leur distribution sur le territoire français.~~

~~Si elle présente, en [illisible], quelques principes à l'attention générale, c'est [illisible] qu'on ne perde pas de vue le lien nécessaire qui veut la vérité, l'équité, et l'ordre social.~~

Si nous l'on offre d'ailleurs ici quelques ppes [*principes*] à l'attention général, c'est pour qu'elle ne perde de vue sur quelle base de vérité, d'équité et d'ordre social elle est établie.

~~Mais, elle doit présenter de [illisible] la base fondamentale de l'édifice politique, et s'il s'y trouve, de plus, quelques ppes gñaux [*principes généraux*] offert à l'attention gñle [générale]~~²⁰.

Pouvoir constituant

1° Aucun changement dans la Cñ [Constitution] ne peut avoir lieu, s'il n'est autorisé approuvé d'avance par la majorité des assemblées 1^{er}, ~~représentées sur tout le territoire français~~²¹.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 38 verso.

²¹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 39.

2° Ce changement peut être provoqué soit par la légr [législature] qui, à cet égard, ne peut se considérer que comme chambre de ppoñ [proposition] ; ~~2° il peut l'être~~ soit par le gouv^t, soit par le tribunal²².

3° Si ces 3 corps ~~se réunissent pour former~~ s'accordent dans la même demande, le Sénat est obligé de convoquer les assemblées 1^{er} et de la leur présenter à décider textuellement par oui ou non. Toute modification qui serait ajoutée à ce vote simple annule le vote²³.

4° Mais le Sénat ~~peut~~ a pu joindre à sa présentation les motifs qu'il juge propres à l'adoption ou au rejet de la ppoñ [proposition], et ces motifs imprimés sont les deux fois au moins dans chaque assemblée 1^{er} avant leur votation²⁴.

5° Si la majorité des assemblées 1^{er} adopte la ppoñ [proposition] le Sénat la proclame alors comme volonté du peuple français, et ~~l'ajoute à la Cn [Constitution]~~ elle devient constitutionnelle. Si la majorité du peuple français ne l'a point adoptée, le Sénat proclame le refus d'acceptaon [acceptation], et la poñ [proposition] tombe comme nulle²⁵.

6° Lorsqu'un changem^t à la Cñ [Constitution] n'est demandé que par un seul des 3 corps ci-dessus, la demande n'est pas regardée comme suffisante, et elle n'a pas d'effet²⁶.

7° Si deux seulement des 3 corps ci-dessus, [~~illisible~~] forment la même demande, le Sénat est obligé d'en délibérer et d'émettre son vœu, et alors si le Sénat se réunit aux deux corps qui demandent le changement, la convocation des assemblées 1^{er}, et leur vote ou pour oui ou non, ont lieu comme ce dessus. Mais si le Sénat se joint aux corps qui ~~refusent de demander la ppoñ &~~ n'approuvent pas le changement et la ppoñ [proposition], et [~~illisible~~] suspendent jusqu'à ce que le renouvellement des membres de la légr [législature], et du tribunal, en ~~changeant~~ modifiant cette balance, ~~fait ou annuler, en renforcee~~ annule la ppoñ [proposition], ou ~~la rendre~~ oblige le Sénat à consulter les assemblées 1^{er} comme il est dit dans les art. précédents²⁷.

8° La Cñ [Constitution] ne peut être révisée en entier que par un nouveau pouvoir constituant exercé par un corps de représentants nommés exclusivement ad hoc ~~et pour le [~~illisible~~] seule~~ par la majorité des assemblées 1^{er}²⁸.

9° Les assemblées 1^{er} ne pourront être convoquées pour nommer un nouveau pouvoir constituant qu'autant que les 4 corps de représentants, savoir le Sénat, la légr [législature], le gouv^t et le tribunal se [~~illisible~~] d'accord ~~pour de~~ à vouloir cette convocation²⁹.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 39 verso.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

Pouvoir Constituant³⁰

1^o Toute dénonciation d'un acte inconstitutionnel est portée au Sénat seul Tribunal constitutionnaire³¹.

2^o Ces sortes de dénonciation sont faites peuvent être faites ou par la légr [législature], par le gouv^r [gouvernement], par le tribunal, par les collèges électoraux, par les assemblées 1^{er}, [illisible] ou par la Cour de cassation³².

3^o Si les corps inférieurs, ou les simples citoyens étai pouvait être [illisible] avoir à faire une dénonciation en inconstitutionnalité, [illisible] aussi qu'elle serait facilement adoptée ils la feront passer par l'un ou l'autre des corps ci dessus, [illisible] si elle ne peut pas l'être, qu'il est très peu vraisemblable qu'elle serait mieux accueillie du Sénat³³.

1^o Le Sénat est seul jury et tribunal constitutionnaire et c'est à lui que toute dénonciation en inconstitutionnalité doit être portée³⁴.

2^o Ces sortes de dénonciation ne peuvent être faites que par la légr [législature] ou le gouv^t [gouvernement], ou le tribunal ou les collèges électoraux ou les assemblées 1^{er} ou par la cour de cassation³⁵.

3^o Les autres corps et fonctionnaires publics, ou les simples citoyens qui croiraient avoir à faire une plainte en inconstituti^e, l'adresseraient à l'un ou l'autre des corps ci-dessus³⁶.

Pouvoir constituant. Titre 1^{er}

4^o Décisions du Sénat, leur forme et leur effet.

1^o Le sénat est un corps permanent de représentants viagers dont la fonction et les attributions sont comme il suit : ³⁷.

Titre 1^{er}. Base fondamentale civile et politique

Cantons communaux

Assemblées 1^{er}³⁸

1^o Des dép^t de 324 lieux, termes moyen. 300 au moins, 360 au plus³⁹.

³⁰ Ce document est un feuillet de deux pages reprenant un même titre sur le « pouvoir constituant », mais dont le contenu apparaît différent de celui évoqué précédemment. A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 40.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 40 *verso*. La suite de cette disposition n'a pas pu être retrouvée.

³⁸ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 41.

³⁹ *Ibid.*

2° Chaque dép^t divisé en 9 cantons communaux de 36 l. ~~terme moyen~~ autant que possible, il pourra en contenir 10, 11, ou 12 au plus selon la population et la convenance des chefs lieux⁴⁰.

3° Un chef lieu de canton qui en est le point central. Toutes les autres villes, bourgs, villages, hameaux, considérés comme les différents quartiers d'une même commune. Telles sont les grdes [*grandes*] communes, ou grandes municipalités qu'il est nécessaire de fonder comme les grds [*grands*] éléments de l'ordre civil et la circonférence réelle où aboutissent tous les rayons de l' [*illisible*]⁴¹.

4° Les cantons communaux ou grandes communes, doivent jouir d'une chose publique ou communale, d'une part ppñlle [*principale*] dans l'impôt gñal [*général*], et d'un complément de toutes les parties de l'administration. Ce sont comme autant de petites républiques, mais non pas entr'elles directement, mais unies et dépendantes de l'ordre civil national et central, par l'intermédiaire du Bureau départemental.

Telle est la base fondamentale civile et distribuée en unités primaires et complètes, si l'on veut 1° élever les hommes à leur véritable degré de valeur, en tirer tout le parti possible, 2° y établir une action et faire naître une opinion publique propres à garantir la liberté, et à faire naître le sentiment de la sécurité profonde, 3° enfin, ne point sacrifier tous les points à la circonférence, au Sénat point central qui doit être sans doute le régulateur de tout, mais non le maître⁴².

5° Les dépts [*départements*] ne sont pas [*illisible*] organisés relativement aux cantons, comme les cantons le sont relativement aux petites communes ou peuplade. Ce n'est qu'un intermédiaire, où le pouvoir [*illisible*] à son bureau départ^t [*départemental*] présidé par un préfet national, véritable comis au regard des nécessités dans les fonctions de [*illisible*]. Le dép^t [*département*] sert aussi d'intermédiaire par son collège électoral dans l'ordre politique des fonctions ascendantes⁴³.

6° La base politique dans les cantons est dans les assemblées 1^{er}, formées des citoyens primaires, elles sont plus ou moins nombreuses suivant le nombre de citoyens 1^{er}, elles forment autant de sections dans le même canton. Elle dép[*illisible*] au collège électoral, et sont pour le canton leur propositions d'éligibles aux emplois publics⁴⁴.

7° Le collège électoral nomme les députés nationaux pour la légr & et fait aussi la liste d'éligibles aux fonctions et emplois publics⁴⁵.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 41 verso.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

Tit 1^{er}Base fondamentale dans l'ordre civil et politique⁴⁶.

8° pour l'organisation intérieure des cantons dans l'ordre civil.

1 sous-préfet. Canton, agent du préfet du dép^t [*département*] et commissaires près le Bureau m^pal [*municipal*].

Une admⁿ [*administration*] municipale, composée d'un maire président, et de 6 membres forment le Bureau municipal.

+ autant que possible, de manière qu'il y ait un maire par mille habitant, dans les campagnes, et un par 2, 3, 4 ou 5 mille habitants. Dans les villes toutes les mairies sont considérées comme autant de quartiers de la même ville. Ces maires de quartier sont les commissaires du bureau communal. Un adjoint greffier à chaque maire de quartiers pour tenir le registre de l'état civil, dont il envoie tous les mois la grosse au bureau m^pal central.

Des juges de paix répartis, comme les maires de quartiers.

Un tribunal de canton, organisé pour juger au civil, et en police même correctionnelle.

N^{re}. Les tribunaux d'appel ne sont pas placés dans chaque dép^t. Un suffit pour 4 à 5 dép^t. Là est aussi le tribunal criminel. La police rurale et d'usages communs, au maire de quartiers. La police personnelle au juge de paix⁴⁷.

9° Le bureau m^pal [*municipal*] a l'e[*illisible*] des dépenses communales, et la surveillance au moins de la levée des Contributions gⁿales [*générales*]. Le sous préfet est commissaire gⁿal auprès du bureau m^pal⁴⁸.

10° Le bureau m^pal ti[*illisible*] la requête gⁿale de l'état civil de tout le canton et le sous préfet en envoie la so[*illisible*] tous les ans au préfet du dép^t⁴⁹.

11° Les ordres du pouvoir exécutif passent par le préfet et le sous préfet pour arriver aux agens respectifs de l'exécution⁵⁰.

12° Le sous préfet et le préfet régularisent les actes du Bureau m^pal dans l'ordre de la compétence⁵¹.

13° Le bureau m^pal est nommé par le préfet, il ne peut l'être que sur la liste des éligibles des assemblées 1^{er} du Canton. Il nomme de la même manière tous les maires de quartiers⁵².

14° Le bureau m^pal est composé de 7 membres. C'est lui qui nomme son président maire m^pal du Canton, il le prend dans son sein.

⁴⁶ Les dispositions se poursuivent, avec une numérotation continue, sous ce titre pourtant différent.

⁴⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 42.

⁴⁸ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 42 *verso*.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

Les maires, leurs greffiers et les juges de paix doivent être domiciliés dans leurs quartiers⁵³.

15° Le bureau mñpal et [*illisible*]. Les maires de quartiers, les juges de paix ne peuvent être payés, s'il y a lieu, que par le bureau mñpal sur la portion communale des contributions publiques⁵⁴.

16° Les adjoints greffiers tirent leurs émoluments d'une taxe réglée ~~par~~ sur les actes civils⁵⁵.

17° Le tribunal de canton est aux frais de la nation, [*illisible*] que tout l'ordre judiciaire, n'y ayant d'exception que pour les juges de paix⁵⁶.

18° Les députés du canton au collège électoral s'assemblent tous les ans au retour de leur mission, dans le chef lieu du canton, et reçoivent les comptes de l'admñ mñpale.

Ils peuvent rayer de la liste des éligibles ceux des membres du bureau qui auraient perdu leur confiance ; et alors, le préfet est tenu de remplacer les vides, comme à l'art 13⁵⁷.

19° Deux membres du bureau sortant tous les ans par ordre d'ancienneté. Ils ~~sont~~ ne sont point rééligible avant 1 an⁵⁸.

20° A chaque [*illisible*] dans le bureau, il élit de nouveau son président, qui d'ailleurs est toujours rééligible⁵⁹.

21° La réunion de tous les maires de quartiers avec les 7 membres du bureau communal forme le conseil gñal de la gde municipalité. Il s'assemble au moins une fois tous les 3 mois⁶⁰.

22° Tous les français sont citoyens et forment l'ordre civil. L'ordre politique n'est composé que des citoyens primaires.

Tous français agé de 20 ans accomplis est citoyen (une cérémonie publique pour le recevoir...)

~~L'état de peuple soldat n'est pas encore une fonction publique, mais tous les grades militaires le sont, et ne peuvent être obtenus que par les citoyens 1^{er}.~~

Dans l'état militaire, les grades d'officiers ne peuvent être donnés qu'à des citoyens primaires.

Tout emploi civil leur est [*illisible*].

Il faut entendre par l'ordre la société civile, la masse entière des [*illisible*] français assujettis à la loi. Tous y sont également formés.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce non numérotée, faisant suite à la pièce 42.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

Il faut entendre par l'union l'association politique la ~~masse entière~~ totalité des citoyens français ~~qui~~, considérée comme concour[*illisible*] par [*illisible*] tous représentants à la formation de la loi et à l'exercice de toutes les fonctions publiques⁶¹.

Titre 2. ~~Ordre~~ Base fondamentale 1^{ère}62

1^{er}. La nation française considérée comme société civile se compose de l'universalité des français ~~tous également assujettis à la loi et protégés par elle~~.

Considéré comme association politique, elle se compose de l'universalité des citoyens primaires concourant tous par eux mêmes ou par leurs représentants à la formation de la loi et à l'exercice des fonctions publiques⁶³.

~~2° 4. On est français par la naissance ou le devient par l'adoption~~ La qualité de français est acquise par la naissance et s'acquiert par l'adoption. Il suffit dans le 1^{er} cas d'être né sur le territoire français d'un père français ou d'une mère française, ou même d'être né en pays étranger d'un père qui n'avait pas perdu la qualité de français.

Dans le 2^o cas, l'adoption se prouve par un brevet, par des lettres de naturalisation ~~Dans ces deux cas~~, les demandes, les réglemens, les décisions à cet égard sont de la compétence du sénat cñaire⁶⁴.

3° 5. La qualité de français se perd par la mort civile prononcée par un tribunal, et aussi par la naturalisation en pays étranger.

On peut cesser ~~aussi~~ d'être français par un domicile trop prolongé hors de France, par l'acceptation d'un service, d'un emploi, d'une fonction, d'une décoration, d'une dignité, ou d'une pension donnés par une puissance étrangère, et même par une affiliation à des corps qui ne vivent pas sous les lois françaises ou qui dépendent de lois étrangères.

Les réglemens et décisions à tous les égards appartiennent au Sénat cñaire.

~~Mais, la légisr règle les conditions de la résidence des étrangers en France~~⁶⁵.

4° 6. Les étrangers résidant ou voyageurs sur le territoire français sont soumis à la loi commune, et de plus aux réglemens particuliers que le gouv^t peut faire à leur égard. Mais ces réglemens peuvent être annulés ou modifiés par la légisr⁶⁶.

5° 2. Les droits civils sont également acquis à tous les français c.a.d. ils sont tous également protégés par la loi, dans leur liberté, leur propriété et leur sûreté⁶⁷.

6° 3. Les droits politiques ne peuvent être exercés que par les citoyens primaires⁶⁸.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 44. La numérotation de ces nouvelles dispositions a été corrigée. Cela explique leur absence de continuité.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 44 *verso*.

⁶⁸ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 44 *verso*.

7° Tous français domiciliés, ayant 20 ans accomplis, peut devenir citoyen primaires en présentant ~~qu'il y a de sa part~~, intérêt, capacité et bonne volonté ~~pour~~ à la chose publique.

C'est-à-dire : 1° il doit posséder en France ~~un bien foncier, ou~~ une propriété [*propriété*] quelconque de la valeur de 3000^f au moins.

2° Il doit obtenir un certificat écrit et signé de 10 citoyens primaires de son canton ~~ger~~ attestant qu'ils le connaissent personnellement, qu'il est homme d'honneur, et capable par son instruction d'exercer les fonctions primaires. 3° Il paye de plein gré le tribut ~~particulier au~~ de citoyen prim^r [*primaire*] appelé le tribut volontaire sociale comme témoignage de sa bonne volonté et de l'intérêt qu'il prend à la liberté de sa patrie. Ce tribut est annuel, il est au moins de 10^f ; il est exclusivement employé aux dépenses de son assemblée prim^r⁶⁹.

8° Le candidat au civiciat prim^r muni de ces trois preuves se présente au bureau de l'assemblée 1^{er} de son domicile, et requiert son inscription au registre civique, par une demande écrite de sa main et signée. L'inscription est de droit et il reçoit sa carte de citoyen prim^r⁷⁰.

Titre 2. ~~Ordre~~ base fondamentale 1^{er}⁷¹.

1° La division du territoire en département est maintenue ; toutefois on en pourra diminuer le nombre pour réduire les frais d'une [*illisible*] trop multiple en laissant ou en donnant à chaque dép^t, autant que possible, ~~une étendue amoindrie~~ un arrondissement de ~~324 L.q. [*illisible*] 324 L.q.~~ au moins, de 400 au plus⁷².

2° Les départ^t se divisent par cantons communaux, organisés en grandes communes d'environ 36 L.q. Un dép^t peut en avoir 9 au moins, 13 au plus⁷³.

3° Mais, les changemens ne pourront se faire que pour l'avantage des administrés, sur leur demande et sur la ppoñr ~~par~~ du gouv^t, du Sénat Cñair, qui [*illisible*] aura la décision à cet égard⁷⁴.

~~4° On est français par la naissance, ou le devient par adoption.~~

~~On perd la qualité de français par la mort civile prononcée par un tribunal, et par la naturalisation en pays étranger.~~

~~On peut cesser d'être français par un domicile trop prolongé hors de France, par l'acceptation d'un service, d'un emploi, d'une fonction, ou d'une pension donnée par une puissance étrangère, et même par une affiliation à des corps qui ne vivent pas sous les lois françaises.~~

~~Les réglemens et décisions à cet égard sont de la juridiction du Sénat cñair⁷⁵.~~

~~5° La lég^r règle les conditions de la résidence des étrangers en France⁷⁶.~~

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 43.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

~~6°~~ Tous les français sont également soumis à la loi⁷⁷.

La division par grande commune est de la 1^{er} importance son objet est de répandre partout la vie politique et de fournir à toutes les parties de l'administration les instances les plus propres à agir immédiatement sur les localités et⁷⁸.

[Titre 2°]

~~8°~~ 8° Les droits politiques se perdent par la condamnation à des peines afflictives ou infamantes⁷⁹.

~~9°~~ 9. Ils sont suspendu par l'imbécillité et la demande constatées par un jugement ; par l'état de débiteur failli, ou d'héritier immédiat détenteur à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli ; par l'état de domestique à gages attaché au service de la personne ou du ménage ; par l'état d'interdiction judiciaire d'accusation ou de contumace⁸⁰.

Art. 10. Ils sont également pareillement suspendu pour le citoyen qui ne possède plus la propriété exigée par l'art. 7, s'il ne prouve qu'il l'a remplacée par une autre, ou ~~qui~~ s'il cesse ~~d'acquies~~ d'offrir son tribu social⁸¹. [*en marge*].

~~11°~~ 11°. La loi détermine la peine qu'encourent ceux qui n'étant point citoyens 1^{er}, et ceux déchus temporairement ou pour toujours de cette qualité, sa permettant d'en exercer les droits⁸².

16° Il se forme dans chaque canton communal autant de sections ou d'assemblées 1^{er} qu'il peut se réunir des citoyens 1^{er}, au nombre de 300, 00 environ⁸³.

17. Chaque section 1^{er} a son bureau de 4 membres, son président et deux secrétaires, sept citoyens en tout⁸⁴.

18° Les fonctions du bureau sont de choisir dans son sein son président et ses secrétaires ~~de l'assemblée 1^{er} à chaque convocation~~

De garder le registre des citoyens 1^{er} de la section ; d'inscrire sur ce registre, dans l'intervalle d'une convocation à l'autre, ceux qui se présentent avec les conditions requises pour être admis à l'exercice actuel des droits politiques.

De donner à ceux qui veulent changer de domiciliation un certificat qui atteste leur qualité.

Enfin, il convoque l'assemblée dans tous les cas dtñnés [*déterminés*] par la loi⁸⁵.

19° A chaque convocation nouvelle, il ne sera permis de s'occuper d'aucun objet que le bureau n'ait été renouvelé, tout acte extérieur est nul.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 43 verso. Cette disposition demeure inachevée.

⁷⁹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 45.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

Les mêmes membres pourront cependant être réélus⁸⁶.

20° Nul citoyen 1^{er} ne peut entrer à l'assemblée s'il n'est inscrit au registre depuis 3 mois au moins.

Nⁿ insérer l'organisation de l'assemblée pour l'élection du bureau.

La manière de terminer les contestations sur les droits du président⁸⁷.

2^e Bases territoriale / civique⁸⁸

Titre 1^{er}. Division ~~grog^t~~ politique du territoire et répartition de l'ordre civil ~~con-~~
~~formément dans cette division~~ l'e[illisible] public sur cette base.

2° Base fondamentale de l'ordre politique

Fonctions afférentes

3° Ordre légif

4° Ordre exécutif

Titre préliminaire des français membres individus ~~forment~~ qui composent la na-
tion française.

~~Titre 1^{er}. Division [illisible] de la nation française~~
Ou des Éléments qui constituent la nation française.

Bases de l'ordre civil :

1° A quelles conditions on est français

2° Division du territoire français

3° Répartition de l'établisse^t exécutif sur le territoire français.

4° base fondamentale de l'ordre politique ou des assemblées 1^{ere}

5° ~~second 1^{er} degré de la représentation, ou~~ des collèges électoraux

6^{o89}.

Titre 3. Echelle de l'[illisible]⁹⁰.

Toute fonction publique à laquelle est attachée une portion quelconque d'autorité sur le citoyen ne peut être ~~exercée~~ confiée qu'à ~~que pour~~ un citoyen primaire.

Tout emploi public dont le salaire est en dessus de 300^f est pareillement réservé aux citoyens 1^{er}.

Tous les grades militaires à commencer par celui d'officier et au dessus ne pourront être ~~donnés~~ conférés qu'à des citoyens primaires ; car la qualité de citoyen 1^{er} est facile à acquérir pour les soldats et sous-officiers qui se montrent dignes du grade d'officier pouvant facilement acquérir la qualité de citoyen 1^{er}.

⁸⁶ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 45 verso.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Cette nouvelle série de documents reprend des dispositions relativement hétérogènes. Elles se présentent davantage comme une sorte de redistribution des titres déjà évoqués du projet de Constitution.

⁸⁹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 47. Cette disposition demeure inachevée.

⁹⁰ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 47 verso.

N^a. A cet égard, il faut statuer que le domicile personnel dans l'armée n'ôte pas le domicile politique et que l'attestation, dont il s'agit ci-dessus, sera donnée par les supérieurs militaires. La ppriété [*propriété*] et le tribut requis, toujours indispensable⁹¹.

Titre 2^e. Citoyens 1^{er}⁹².

Fin de la cn [*constitution*]⁹³

~~Toutes les parties sectionnements de l'établissement public n'oublieront jamais qu'elles n'existent finalement que pour le maintien et la protection de la liberté parfaite et de la propriété; qu'ils n'exercent aucun pouvoir qui n'ait pour fin plus ou moins immédiate la protection de la liberté et de la ppriété ils auront donc sans cesse présent à l'esprit les articles de garanties individuelles qui terminent cette constitution....~~⁹⁴.

Art dernier. L^e Le 1^{er} établissem^t de la présente Cñ [*constitution*] exige des réglemens et des opérations qui seront décrétées par le Sénat sur la ppoñ [*proposition*] du gouv^t et des opp[*illisible*] dont le pouvoir exécutif est chargé⁹⁵.

Art^{es} à la suite du pouvoir exécutif⁹⁶

Art. Tout acte du gouv^t ou du pouvoir exécutif qui serait contraire à la cñ [*Constitution*] est un délit, qu'il est du devoir du tribunal de dénoncer au Sénat sans préjudice de toutes autres dénonciations⁹⁷.

Art. Pareillement, tout acte du gouv^t ou pouvoir exécutif qui serait contraire à la loi est un délit que le tribunal doit dénoncer à la légr [*législature*]⁹⁸.

Art. Toute obligation imposée aux citoyens au-delà de l'obligation de la loi est nulle⁹⁹.

Art. Les réglemens ou mesures d'exécution ne peuvent avoir pour objet que d'assurer la stricte et certaine obéissance de la loi¹⁰⁰.

Art. Si les réglemens ou mesures d'exécution ajoutent à l'obligation imposées par la loi aux citoyens des surcharges accessoires propres à fatiguer le citoyen, sans

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Un feuillet comporte ce simple titre sans proposer de disposition.

⁹³ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 50.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 49.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

nécessité, ou à sacrifier une portion de la liberté individuelle pour la seule commodité des agens publics, ces réglemens ou mesure doivent être dénoncées et réprimées par la loi¹⁰¹.

La loi est toujours la volonté nationale [*nationale*] supérieure qui décide de tout, hors de la cñ [*constitution*] qui dépend de d'un autre pouvoir national¹⁰².

Gouv¹⁰³

Art. ... Les rapports extérieurs de la nation sont exclusivement attribués au chef du gouv¹⁰⁴.

Il veille à la sûreté de l'État, au maintien des traités et aux intérêts de la nation dans l'étranger ; il y protège les français qui sont restés sous sa juridiction¹⁰⁵.

Il nomme et gouverne ses agens diplomatiques de tous rangs¹⁰⁶.

~~Les traités d'alliance, de neutralité, de commerce et autres conventions sont faits par lui, et proposés de suite à la législature pour être convertis en loix dans les formes accoutumées~~¹⁰⁷.

Lorsqu'il y a agression hostile ou imminence d'hostilité de la part des étrangers, ~~il~~ le gouv^t prend ~~en cas d'urgence~~, la direction provisoire des moyens de défense, assume seul l'initiative de la guerre et de la paix, il propose l'un ou l'autre à la législature qui après avoir entendu ~~les gouv conseil~~ orateurs du gouv^t et ~~celui~~ du tribunal dans les formes accoutumées, prononce la volonté nationale. Alors il la promulgue comme loi et il reste seul chargé de son application....¹⁰⁸.

Les ~~autres~~ traités d'alliance, de neutralité, de commerce, et autres conventions sont également pposés [*proposés*] à la ratification de la légr et ~~si le gr~~ dans les mêmes formes¹⁰⁹.

Si le gouv^t demande que sa pprôn [*proposition*] d'un traité quelconque ne soit discutée et délibérée qu'en secret, le tribunal et la légr [*législature*] sont tenus d'y convenir et se former en comité gñal [*général*]¹¹⁰.

Les art. second qui seront joint à un traité, ne pourront ni être d'une grande importance relative, ni être contraires aux articles présents¹¹¹.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 52.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 52 verso.

Ordre judiciaire¹¹²

Le ministre de la justice a l'administration et la police de l'établissement judiciaire, il n'en exerce point le pouvoir¹¹³.

C'est par l'autorité judiciaire ~~termine les contestations entre citoyens, elle est~~ protectrice des bons et répressive des méchants, et toujours prompte à écouter et décider les contestations particulières,

~~C'est par elle surtout~~ que le citoyen jouit avec sécurité de sa liberté et de sa propriété [propriété]¹¹⁴.

Cette autorité exige dans celui qui l'exerce la connaissance des loix, une justice impartiale, une intégrité à toute épreuve¹¹⁵.

La loi est le seul maître, le seule guide du juge¹¹⁶.

Élection de l'urne¹¹⁷

1° Le successeur au gd électorat est toujours nommé d'avance, quoiqu'il ne soit connu avec certitude qu'au moment de son élévation au trône¹¹⁸.

2° Il y a 5 urnes déposées dans un lieu ostensible et sûr, fermé à 3 clefs, dans la gd salle du Sénat. Chaque urne porte la date du scrutin qu'elle renferme¹¹⁹.

3° Quand il est enc [illisible] de faire l'élection de l'urne, la légr [législature] pste [propose] 2 noms, ~~choisis dans~~, le gouv^t, 1, et le tribunal, 1, pris dans la 1^{er} division du Sénat. Sur les noms pstes [proposés], le Sénat fait [illisible] scrutin, qui n'est point renvoyé, mais cacheté et déposé en entier dans l'urne¹²⁰.

4° A la mort du grand électeur, ou le trône vacant, le Sénat s'assemble sans retard, et en présence des ministres, des grds officiers de la couronne et des membres des grds corps de l'Etat ~~présents~~ qui veulent y assistent, il ~~procède à l'ouvert~~ tire au sort celle des 5 urnes qui sera ouverte ; l'ouvre immédiatement, et en rec[illisible] le scrutin qui donne à la simple majorité relative le nom du successeur au gd électorat¹²¹.

5° Aussitôt le successeur au trône prête son serment, et reçoit celui de tous les assistans¹²².

¹¹² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 51.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 51.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 53, n° 1.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 53, n° 2.

6° Les voitures de la couronne le transportent à son palais, au milieu du plus gd appareil ; il s'assied sur le trône, et y reçoit le serment des chefs de corps¹²³.

7° Il peut arriver que le citoyen nommé gd électeur ~~soit~~ refuse d'accepter, il peut être décédé depuis la date de son urne, en ce cas, on tire au sort entre les 4 urnes restantes ; et si contre toutes les probabilités, l'ouverture des 5 urnes n'indiquait ~~que~~ en 1^{er} ligne que des noms dav[illisible] inutiles, on prendrait dans le scrutin de la 1^{er} urne, qui a été ouverte, le nom qui viendrait immédiatement après dans l'ordre de la majorité¹²⁴.

8° On ne peut prévoir et suivre toutes les supp[illisible] à cet égard. Mais si le sort tombait sur un homme devenu imbécile, ou in[illisible], ~~un qui a cessé~~ dont le droits politiques sont suspendus, ou sur un citoyen absorbé, le scrutin se conduirait comme dans l'art. précédent¹²⁵.

9° Les urnes qui ont été ouvertes sont remplacées dans le mois par d'autres élections¹²⁶.

10° Dans tous les cas, une urne ne peut être gardée plus de 5 ans. Celle dont la date remonte à ~~plus de 4~~ 5 ans est jetée au feu sans être ouverte, et on en met une nouvelle à sa place. Ce renouvellement qui est le cas ordinaire annuel, se fait au mois de X^{br} ¹²⁷.

11° Le mot absorbé dans l'art. 8, suppose que l'élu indiqué par le sort a mérité d'être appelé au Sénat, 3^e classe, ce qui ne peut arriver que lorsque la volonté législative a prononcé sur la demande ou du tribunal, ou sur celle du Sénat, ou de plusieurs de grd hommes, qu'il y aurait du danger à le laisser en place, par ex ; s'il cherchait à se faire un parti dans l'intérieur, à l'extérieur, ou dans l'armée pour changer la cñ [constitution], ou accroître son pouvoir cñal [constitutionnel]¹²⁸.

12° Si quelqu'un des empêchements prévus par les art. 7 et 8, survient au gd électeur, pendant qu'il est sur le trône, l'état aurait grand soin de sa personne, et le Sénat le remplacerait¹²⁹.

N^a pour amener les supp[illisible] des art. 7 et 8°, on peut l'y prendre comme sénat^r.¹³⁰

Art. Il y a des exemples de rois, et autres princes tombés ~~dans la~~ en démence, ou dans l'imbécillité. En pareil cas, si l'on peut le supposer, l'état fait prendre soin de la personne et la loi prononce dans les formes ordinaires sur la nécessité de ~~la rem-~~
~~placer~~ connaître son successeur et le Sénat y pourvoit, comme il est dit ci-dessus¹³¹.

Art. Si un gd électeur pouvait s'oublier jusqu'à conspirer contre la cñ, à tenter de se former un parti anti-constitutionnel soit dans l'armée, soit dans l'intérieur soit

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 53, n° 3.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 53, n° 4.

¹³¹ *Ibid.*

avec le second de l'extérieur, on se conduirait à son égard comme dans l'art. précèdent¹³².

N^a. Il faut donc que l'inviolabilité gñlle [générale] reçoive une restriction, pour le crime ou la révolte contre la cñ. Mais il faut qu'il y ait agression hostile et évidente. Il vaut mieux considérer 2 époques d'hostilité.

1^o le danger probable, ou avec indices suffisants.

2^o le danger évident.

Dans la 1^{er} suppon [supposition], la loi prononce qu'il y a du danger à le laisser à sa place, sans s'expliquer dans la 2^e pron[illisible] qu'il est coupable en démence.

1^{er} absorption

2^e comme en état de démence¹³³.

Feuillet sans titre [Bases de la Constitution]

~~La cñ [illisible] d'abord la base fondamentale de l'ordre édifice politique ; elle organise ensuite les parties les plus importantes de l'établissement public ; elle circonscrit et fige leurs pouvoirs spéciaux respectifs, et les dis[illisible] sur le territoire français.~~

~~Quelques articles et ppes sont ensuite offerts à l'attention gñlle afin qu'on ne porte Si elle offre de plus quelques ppes gñaux à~~

Feuillet sans titre [Gouvernement]

Le gouv^t français respecte tous les êtres indépen[illisible] quelles que soient sa grandeur et sa forme politique.

La gloire ne [illisible] [illisible] à troubler ses voisins, à faire des conquêtes.

La véritable gloire d'un état ~~consiste dans~~ est d'offrir au monde le spectacle d'un peuple heureux, soumis à ses propres lois, et chez qui les [illisible] civiles et militaires sont un honneur¹³⁴.

Feuillets sans titre [Gouvernement et Chambres de proposition]

~~L'empereur nomme deux consuls¹³⁵.~~

~~L'empereur a un conseil de gouv^t, et des ministres¹³⁶.~~

2^o. Le gouv^t se compose des deux consuls qui eux président les séances en l'absence de l'empereur¹³⁷.

De 7 conseillers intérieurs et de deux des ministres du pouvoir exécutif que l'empereur veut y appeler¹³⁸.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.4.

¹³⁴ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4).

¹³⁵ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 55.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

1°. L'empereur nomme et révoque [*illisible*] les membres du gouv^t et tous les ministres du pouvoir exécutif. Il les surveille Il en a la surveillance suprême et se fait rendre compte¹³⁹.

Il y a deux chambres de pñon [*proposition*]:

~~Le gouv^t est relativement à la fr [*illisible*] de la loi, le gouv^t est la première chambre de pouv.~~

Le tribunalat est la seconde. L'une et l'autre chambre ont un égal droit de pñon [*proposition*]:

Lorsqu'une chambre de pñon présente un projet de loi / ou une mesure légis à la législature, elle en adresse le double à l'autre chambre par un message.

La chambre qui ppòse [*propose*] le fait par 2 ou 3 orateurs au plus sur la [*illisible*]¹⁴⁰.

La législature, après avoir entendu le projet, fixe un jour pour la discussion, il y appelle l'autre chambre qui de son côté envoie au jour fixé 2 ou 3 orateurs seulement, au jour fixé, pour comp[*illisible*] ou débattre le projet¹⁴¹.

~~Lorsque le sujet [*illisible*] été~~

~~La matière [*illisible*] discutée au gré de la législature, elle ferme la discussion et prononce la volonté nationale par oui ou non.~~

~~Si elle le juge à propos, elle nomme une eo~~

Si les 2 chambres sont de même avis, la légis peut adopter le projet et le convertir en loi ; elle peut aussi l'ajourner à jour huitaine dans ce cas. Si les 2 chambres n'ont point changé, le projet est nécessairement converti en loi.

Elle peut aussi l'ajourner à jour huitaine fixé dans ce cas.

Si les deux chambres n'ont point changé, le projet est nécessairement converti en loi.

Si elles sont d'un avis différent, la légis continue [*illisible*]:

La discussion s'ouvre ou continue jusqu'à ce que suffisamment [*illisible*], lorsque elle le [*illisible*] la discussion [*illisible*]. Elle passe de suite aux voix par oui ou non.

Son [*illisible*] pour faire son rapport et donner ses conclusions.

Le rapport se fait au comité gnal [*général*] la commission qui indique, s'il y a lieu, des modifications propres à concilier les deux parties, ou alors les légis. Entre la [*illisible*]:

Les [*illisibles*] intérieures seront terminées, la séance est ouverte au public.

Et la légis [*législature*] prononce ou l'ajournement à huitaine.

Soit à jour fixé, soit indéfini ; ou bien elle passe de suite aux vœux pour.

Elle [*illisible*] en opter ou rejeter le projet par oui ou non.

#La chambre ppsante [*proposante*] peut toujours retirer son projet, avant que la légis [*législature*] ne passe aux voix et elle peut le représenter [*illisible*] plus ou moins modifié.

[*Illisible*] L'une ou l'autre La chambre ppsante [*proposante*]

Elles peuvent aussi en présentant leur projet faire en déclarer l'urgence et s'y opposer.

C'est à la légr [*législature*] à adopter ou rejeter soit l'ajournement l'urgence, soit l'ajournement demandé.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ L'ensemble des dispositions suivantes sont contenues sur deux feuillets non numérotés. Difficilement lisibles, elles comportent en plus chacune une double rayure.

Feuillets sans titre [*Grand Electeur*]

Art. Le gd électeur peut en vertu de sa fonct^o [*fonction*] pri[*illisible*] se rendre, quand il lui p[*illisible*], au Sénat, au Corps législatif, et au Tribunal, et les présider [*et y parler, en sa qualité de gardien de l'ordre social*], [*illisible*] n'y aucune délibération ne peut avoir lieu en sa présence.

Art. Le gd Electeur nomme, guide et révoque les ministres, sans exercer aucun ministère car il est irresponsable¹⁴².

Il nomme, dirige et révoque les membres du gouv^t, ~~car il est~~ sans en commander les résolutions, car il est irresponsable¹⁴³.

Il surveille le gouv^t et le pouvoir exécutif et se fait rendre compte¹⁴⁴.

A tous les égards, il est répstant [*représentant*] spécial de la nation¹⁴⁵.

Si le tribunal ou la légr [*législature*] viennent à perdre la confiance de la nation, il existe un remède à ce mal dans le renouvellement partiel ; pareillement, si l'esprit du gouv^t venait à se montrer en oppon [*opposition*] majeure avec l'opinion nationale, malheur qui adviendrait flible par le rejet habituel des ppons [*proposition*] faites par le gouv^t à la légr, ~~il faut~~ la cñ [*Constitution*] charge l'empereur ~~est a~~ [*illisible*] d'appliquer le remède¹⁴⁶.

Il jugera alors que son intérêt, toujours n'est [*illisible*] de l'intérêt gñal [*général*], est de changer les membres du gouv^t.¹⁴⁷

Si l'oppoñ [*opposition*] se grossit, signe de mécontentement national, on aura le temps de voir venir les pétitions au tribunal, centre des demandes populaires ecl[*illisible*], au lieu d'attendre que l'électricité accumulée fasse explosion, le gd électeur arrête tout, éteint le feu, par le seul changem^t des gouvernans. Il n'y va ni de son rang, ni de son existence, ni de son honneur à s'assister. Il n'en reste pas moins et toujours le gardien de l'ordre social mais tel qu'il convient à la nation¹⁴⁸.

Titre 3^e. Echelle de prptiñ [*proposition*] et fonctions ascendantes¹⁴⁹.

1^o Les citoyens 1^{er} répandus sur toute l'étendue de la France doivent être considérés comme les véritables actionnaires de l'ordre social, et leurs assemblées 1^{er} comme le fondement de l'édifice politique.

¹⁴² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 56.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 57. L'ensemble des dispositions suivantes reposent sur une double page paginée de 1 à 3. La numérotation des articles n'est toutefois pas régulière.

Leur pouvoir sur la f[*illisible*]nce de la loi et sur l'action du gouv^t se combine et s'exerce dans l'esprit du système rptatif [*représentatif*] de la manière qui suit :¹⁵⁰.

2^o Les assemblées 1^{er} nomment leur députés dont se compose le collège électoral du dép^t.

Les collèges électoraux nomment leurs députés dont se composent le tribunal et ~~du~~ la légr.

La légr et le tribunal indiquent et limitent les Elections du Sénat, jusqu'à celle du gd électeur chef du gouv^t de la manière qui sera développée plus bas.

Cette échelle des Bpst[*illisible*] est constamment entretenue par le mouvement qui part des assemblées 1^{er} et se régularise par l'exercice [*illisible*] cñel des fonctions électorales ascendantes¹⁵¹.

3^o Toutes les élections, à chaque degrés de l'échelle, se fond au scrutin et à la majorité absolue¹⁵².

4^o Les citoyens qui se présentent à leur de l'assemblée primaire pour donner leur voix, écrivent en arrivant, leur nom sur la feuille de présence numérotée en marge, en obser[*illisible*] de ne mettre qu'un nom sur chaque ligne, afin qu'un puisse toujours voir d'un coup d'œil le nombre de votants présents¹⁵³.

5^o Le Bureau fait l'appel nominal. Chaque votant reçoit à son tour un bulletin ad hoc sur lequel il écrit le nom ou les noms auxquels il donne son suffrage. À un 2^o appel, chaque votant dépose, à son tour, son bulletin dans l'urne. Le scrutin est recensé, de suite, et son résultat connu¹⁵⁴.

6^o Quand il s'agit de nommer un ou plusieurs députés, pour la même mission électorale du dép^t, le 1^{er} scrutin est ~~un scrutin~~ gñal [*général*] ~~de présentation~~, c.a.d. chaque votant écrit sur son bulletin autant de noms qu'il y a d'élections individuelles à faire, et il peut choisir sur tous les citoyens primaires de son primoriat. Si la majorité absolue s'est prononcée pour un ou plusieurs citoyens, ils sont nommés¹⁵⁵.

~~7. Les scrutins suivans sont individuels~~¹⁵⁶.

7^o Les 2^o scrutins est suivans sont individuels, c.a.d. chaque bulletin ne porte plus qu'un nom, à la fois pour l'élection d'un seul député à la fois.

Au 2^o scrutin, on ne peut faire choix que parmi les noms sortis du 1^{er}, qui ont [~~illisible~~] réuni, au moins, 10 suffrages.

S'il n'y a pas de majorité absolue, on passe au 3^e scrutin, qui ne porte plus que sur les 4 noms qui ont réunis eu le plus de suffrages voix en second.

Enfin, s'il n'y a pas de majorité absolue, on passe au 4^o et dernier scrutin, pour le ballottage, [*ensuite*] les deux noms qui ont eu le plus de voix¹⁵⁷.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 58.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*

~~8° A égalité de voix, le plus âgé a la préférence~~¹⁵⁸.

~~9-8°~~ On recommence par le 2° scrutin aux mêmes conditions pour chaque élection qui reste à faire. Ainsi de suite, jusqu'à ce que les élections soient terminées¹⁵⁹.

9° A égalité de voix, le plus âgé a la préférence¹⁶⁰.

10° Les députés ~~notables sont~~ convoqués pour former le collège électoral au chef lieu du dép^t, ~~ils~~ suivent dans leurs opérations électorales les règles développées pour les 6 art. précédents¹⁶¹.

Suite du Titre 3^e, nouveau feuillet, numérotation discontinuée.

Echelle de prption [*proposition*] et fonctions ascendantes

6° Pour faire l'élection des députés au collège Electoral, on fait d'abord un 1^{er} scrutin gñal, c.a.d. que chaque votant porte sur son Bulletin autant de noms qu'il y a d'élections individuelles à faire. Sont éligibles tous les citoyens 1^{er} de la section.

Dans le cas où la majorité absolue se serait prononcée pour un ou plusieurs citoyens, ils sont nommés¹⁶².

7° Les scrutins suivans sont individuels, c.a.d. chaque bulletin ne porte plus qu'un nom, et il ne peut en résulter qu'une élection à la fois¹⁶³.

8° Le 2^e scrutin ne porte que sur les noms sortis du scrutin gñal, qui ont réuni, au moins, 10 suffrages¹⁶⁴.

~~9° S'il n'y a pas de majorité absolue~~¹⁶⁵.

9° S'il n'en résulte pas de nomination, faute de majorité absolue, on passe un 3^e scrutin, qui ne porte plus alors que sur les 4 noms qui ont eu le plus de voix¹⁶⁶.

10° Enfin, s'il n'y a pas eu de majorité absolu par le 3^e scrutin, on passe au 4^e et dernier scrutin, dit de ballottage parce qu'on ne peut plus choisir qu'entre les 2 noms qui ont eu le plus de suffrages et l'on recommence (4^e scrutin, s'il reste des nominations à faire)¹⁶⁷.

11° Pour toutes les élections qui restent à faire, on recommence l'opération par le 2^e scrutin, le 1^{er} ayant donné une fois pour toutes ~~la matière éligible~~ la liste des ~~eux~~ éligibles au scrutin individuel¹⁶⁸.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 59.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

12° A égalité de voix, le plus âgé a la préférence¹⁶⁹.

~~13° La forme du scrutin ci-dessus est commune aux collèges électoraux~~¹⁷⁰.

~~14° Le nombre des députés à nommer tenu par les assemblées 1^{er} que par les collèges électoraux leur est sera assigné par la séance C^{ha}ire~~¹⁷¹.

Suite du Titre 3^e, nouveau feuillet, numérotation discontinue.

Echelle de prpti^on [*proposition*] et fonctions ascendantes.

11° Mais, si leur nombre excède 300, ils votent par sections, composées de 200 votants, autant que faire ce peu.

On forme ces sections de la réunion des notables de un ou plusieurs cantons¹⁷².

12° Enfin, si un seul canton donnait plus de 300 votants présents, on le diviserait lui-même par dans plusieurs sections composées des notables des mêmes assemblées 1^e¹⁷³.

13° Pour faciliter la division par section dans les dép^t ou elle est nécessaire, on aura soin de préparer autant de feuilles de présence qu'il y a de canton, et les notables ne pourront s'inscrire, en arrivant, que sur la feuille qui leur est assignée. Dans le cas prévu par l'art. 12 la feuille de présence du canton sera coupée telle qu'elle se trouve en 2 ou 3 parts suivant le nombre des sections qu'il y aurait à faire¹⁷⁴.

14° Chaque section a son président, ses deux secrétaires et ses deux scrutateurs, nommés par le Bureau gⁿal du collège électoral¹⁷⁵.

15° Les scrutins partiels de toutes les sections, y sont recensés, et les résultats en sont portés au Bureau gⁿal, où de leur réunion, ils forment le scrutin du collège électoral.

Observ. Il n'y aurait jamais de fin, parce que les scrutins partiels peuvent diverger. Il faut que les assblés 1^{er} ne puissent nommer que le nombre des notables qui leur sera assigné, alors, il n'y aura plus de sections, mais un tous électoral par dép^t. On ne veut pas du mot de notables, ce seront des députés au collège élect^l¹⁷⁶.

Suite du Titre 3^e, nouveau feuillet, numérotation discontinue.

Echelle de prpti^on [*proposition*] et fonctions ascendantes.

13° Les députés convoqués au chef lieu du dép^t, ~~ont aussi leur Bureau de 7 membres, qu'il renouvellent~~ nomment leur président et leurs serviteurs dans leur f[*illisble*]¹⁷⁷.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 60.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 61.

14°. Ils employent les formes du scrutin développées ci-dessus d'abord pour l'élection au tribunal, ensuite, pour la législature¹⁷⁸.

15°. Le nombre des députés à nommer tant par les assblées 1^{er} que par les collèges électoraux ~~leur~~ est assigné par les réglemens cñels [*constitutionnels*]¹⁷⁹.

16°. Outre les élections des députés, les assblées 1^{er} et les collèges électoraux font leur liste des éligibles aux fonctions et emplois primaires, aux fonctions et emplois départementaux¹⁸⁰.

17°. La classification de ces emplois et fonctions appartient aux réglemens cñels, qui distinguent aussi les fonctions et emplois dont le gouv^t peut revêtir ~~gñement~~ qui il lui plaît pourvu qu'il soit sur une des listes des éligibles de toute la France¹⁸¹.

18°. Les collèges électoraux sont libres de donner leurs suffrages pour le tribunal et la légr soit aux citoyens 1^{er} de leur dép^t respectif, soit à ceux de la ville capitale y résidans, la ville centrale étant regardée comme commune à tous les français¹⁸².

3^e-4^e Actions / primaire / départementale¹⁸³

Ordre lég^f

80 dépt 6 députés au moins = 480

40 villes ppales (paris pour 2) 3 = 120

600

Le tribunal 120, dont 40 par année, choisis par le Sénat, dans les 200 qui sortent annuellement de la légr¹⁸⁴.

~~Les uns et les autres n'ont que l'indemnité du voyage, et du logement à paris / La 1^{re} pour ceux qui se déplacent / La 2^e pour ceux qui n'y sont pas logés. Ceux de Paris n'ont pour indemnité~~

~~Les dép^t peuvent faire d'autres avantages à quelques uns de leurs députés...~~

Les ~~20~~ 40 villes qui ont droit à une dépu[*illisible*] spéciale sont toujours les villes les plus populaires en citoyens primaires. Si donc, par la suite du temps, l'une d'elles pouvait les avantager relativement à une autre, ce droit passerait à celle-ci.

Le soin de prononcer le transfert appartient au sénat.

Les sortans de la légr et du tribunal sont rééligibles pour la légr¹⁸⁵.

Les 600 députés sont répartis à la nomination des dép^t dans les ppòrtions suivantes :

Au dessous de mille citoyens 1^{er}, il n'en a qu'un

Au dessus de mille il en a 2

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Ce double feuillet présente un ensemble de dispositions hétérogènes et lacunaires.

¹⁸⁴ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 62.

¹⁸⁵ *Ibid.*

Au dessus de 2 mille – 3

Au dessus de 3 mille – 4

Au dessus de 4 mille – 5

Au dessus de 5 mille – 6

Cette distribution faite, les députés restans sont distribués -

Ou plutôt, en gñal, 1 député pour 1000 citoyens 1^{er} jusqu'à ce que le nombre de 600 soit épuisé.

600 mille citoyens 1^{er} / sur 30 millions d'individus
/ sur 5 --- de citoyens passifs.

donnent

6 mille --- 300 mille

Mille --- 50 mille / ou le 50^e des individus à peu près le 8^e des citoyens 1^{er}

~~600 mille sur 5 millions~~

~~6 sur --- 50 mille~~

~~1 sur --- 8 333 + 1/3~~¹⁸⁶.

~~Il n'y a point d'indemnité de logem^t ni de route pour ceux qui ont une habitation dans le dép^t central ni. L'indemnité de route n'est du aux autres qu'autant qu'ils l'ont faite réellement pour se rendre à leur poste.~~

L'indemnité de logemen^t n'est du qu'à ceux qui n'ont pas leur habitation à Paris et celle de route pour l'arrivée qu'à ceux qui se font réellement déplacés pour se rendre à leur poste ~~ou qu'à la fin de leur mission se rendre chez eux~~ et celle route pour le retour qu'à ceux qui doivent se rendre à leur domicile hors du dép^t central.

Mais, les dép^t peuvent accorder un supplément quelconque à ceux de leurs députés ~~qui en aurait besoin. Ils peu~~¹⁸⁷.

Titre 4^e. Ordre législatif¹⁸⁸.

1^o La légr, le gouv^t et le tribunal sont trois pouvoirs essentiels à la formation de la loi¹⁸⁹.

2^o Le gouv^t et le tribunal sont les 2 chambres de pvon [*proposition*] ; la légr ~~et le tribunal qui cour suprême~~ rpñte [*représente*] la volonté nationale, elle convertit en loi ou rejette les poñ [*propositions*] qui lui sont faites.
Cpñ [*composition*] du tribunal, du gouv^t et de la légr¹⁹⁰.

3^o La légr et le tribunal choisissent chacun dans leur sein un président et 2 secrétaires qu'ils renouvellent tous les mois¹⁹¹.

¹⁸⁶ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 62 verso.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 63, n° 1.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*

4° Les séances du tribunal et du corps législatif sont publiques. Mais les étrangers sortent soit quand l'assemblée se forme en comité gñal [*général*] soit quand un membre de l'assemblée le demande¹⁹².

5° Lorsqu'une chambre de poñ [*proposition*] fait présenter un projet de loi ou de mesure législative au corps légf, elle en adresse le double à l'autre chambre par un messenger d'état¹⁹³.

6° La chambre qui ppòse [*propose*], le fait par deux ou trois ~~de ses~~ orateurs pris dans son sein¹⁹⁴.

7° La légr, après avoir entendu le projet, fixe un jour pour la discussion, et y fait appeler l'autre chambre, qui est tenue deux ou trois orateurs au jour fixé pour consentie ou débattre le projet¹⁹⁵.

8° Si les deux chambres sont d'accord, le corps légr peine [*illisible*] adopter de suite le projet et le convertir en loi, elle peut aussi ajourner à ~~huitaine~~ son prononcé à ~~huitaine~~. Dans ce cas, si les chambres [*illisible*] changé d'avis le projet est nécessairement converti en loi¹⁹⁶.

9° Quand les deux chambres sont d'un avis différent, la discussion s'ouvre ou se continue, jusqu'à ce que suffisamment [*illisible*] le corps légf [*illisible*] la discussion et va [*illisible*] voix par oui ou non¹⁹⁷.

10° Néanmoins, s'il le juge à propose, il peut avant de prononcer, nommer une commission dans son sein pour faire un rapport et donner ses conclusions¹⁹⁸.

11° Ce rapport ne peut se faire qu'en comité général¹⁹⁹.

12° La commission peut indiquer dans son rapport, des modifications propres à concilier les deux parties²⁰⁰.

13° Lorsque la délibération intérieure est terminée la séance est ouverte au public, et la légr en prononce l'ajournement à huitaine, ou bien elle passe de suite aux voix par oui ou non²⁰¹.

14° La chambre pposante [*proposante*] peut toujours retirer son projet avant la prononciation définitive de la légr, ~~et~~ elle peut le reproduire ensuite plus ou moins modifié²⁰².

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 63, n° 2.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 64.

15° La chambre pttante [*proposante*] peut aussi avant le prononcé légf [*législatif*], demander l'ajournement que la légr adopte ou refuse²⁰³.

16° Lorsqu'une chambre à ppòser [*proposer*] son projet en déclarant l'urgence, l'autre chambre peut s'y opposer. La légr l'adopte ou le rejette. Si l'urgence est adoptée, le corps légf entend, de suite, une seul fois un seul orateur de l'autre chambre, et prononce dans les 24 heures²⁰⁴.

17° Si le gd électeur veut, en vertu de sa 1^{er} prérogative, se rend au tribunal, au corps légf, ou au Sénat, et les présider : aucune délibération ne peut avoir lieu en sa présence²⁰⁵.

18° Le corps légf peut discuter dans son sein toutes les ppons sur les finances. Mais, dans ce cas, il ne peut être qu'à comité gñal²⁰⁶.

19° Le gd électeur détermine l'ouverture et la clôture des sessions du Tribunal et du corps légf. Il peut aussi en ajourner les séances²⁰⁷.

Contributions

1° L'emploi des citoyens dans la levée et la recette des contributions, doit être réduit ou moindre nombre possible²⁰⁸.

2° Il ne faut donc pas choisir les impôts qui ont l'inconvénient d'exiger un trop grand nombre d'employés²⁰⁹.

3° Les impôts ne doivent point être levés d'une manière pénible pour les contribuables de bonne volonté. Il n'est que trop commun de leur faire perdre un temps précieux pour la seule commodité des agents du fisc. Les maisons, les assemblées 1^{er} doivent dénoncer à l'autorité tous les abus en ce genre. Il n'est pas dans l'intention de la loi ~~d'ajouter~~ de laisser ajouter aux obligations qu'elle impose, des obligeances de surcharge ~~inutile~~ qui ne proviennent que de l'impéritie, ~~ou~~ de la négligence et de la fraude des agents du fisc. C'est à la fois à garantir tous les citoyens de ces abus.

N^a A Paris même, je connais des bureaux de recette qui en sont ouvertes que depuis 10h jusqu'à 2h, et où les contribuables sont obligés de faire la queue, quelque fois, plusieurs jours de suite. Dans les campagnes, c'est pis encore, ils font souvent des voyages de plusieurs lieux, sans trouver le receveur.

Ne pourrait-on pas faire recevoir les fortes cottes, à domicile, après avoir donné avis du jour et de l'heure où l'on se présentera et pour les petites cottes, pourquoi ne pas indiquer sur l'avis les jours fixes où le Bureau sera ouvert. Pourquoi ne condamnerait-on pas à une forte amende les receveurs qui y manqueraient ?²¹⁰

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 65.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*

Contributions²¹¹

Contribution / les français contribuent / en argent ... force pécuniaire

/ en hommes ... force miliaire

Contribution / de présenter / des éligibles pour les fonctions publiq

/ des vues et projets pour l'amélioration

Loix²¹²

1^o Pour la promulgation des loix, il suffit de la proclamon [*proclamation*] de la loi ~~qui~~ lorsqu'elle vient d'être portée par le président du corps lég't, et de son insertion dans le Bulletin des loix²¹³.

2^o Le chancelier ~~de~~ d'état, ministre de la justice est spécialement chargé du Bulletin des loix, il ne peut ni en arrêter, ni en suspendre l'envoi dans tous les dép't sans se rendre coupable²¹⁴.

3^o On y joindra la publication par des affiches, quand on le jugera à propos.

N^a Le chancelier d'état, ministre de la législation est chargé 1^o de la publication des loix 2^o de l'avñce [*l'avancement*] et de la police des tribunaux 3^o de la correspon-dance et de la surveillance tant avec les tribunaux, qu'avec les corps administratifs relativement à l'exécution des loix etc²¹⁵.

Feuillet sans titre [*Des ministres*]

1^{er} Le chancelier d'état, ministre de la lég'r et de la justice, et de l'exercice des droits politiques.

2^o Ministre de la guerre, avec un directoire

3^o Ministre de la marine, avec une amirauté

4^o Ministre des affaires étrangères

5^o Ministre des ctùbs [*contributions*] publiques, avec un directoire

6^o Ministre du trésor public

7^o - [*Ministre*] de l'état civil, ~~des secours~~ de l'instruction publique.

8^o - [*Ministre*] d'agriculture, de commerce et de manufactures.

9^o - [*Ministre*] des ppriétés, travaux et établissement de secours et des ass.

10^e Il faut un ministre de la contribution en hommes, pour l'armée tout de terre que de mer, pour la force coercitive intérieure, soit qu'on les lève par conscription ou autrement ; pour régulariser la garde nationale.

Il faut de plus un ministre de la guerre, outre le directoire, un économat pour les fournitures, ou plutôt 2 économats appendices l'un du directoire à la guerre l'autre de l'amirauté²¹⁶.

²¹¹ Ce feuillet se limite à un tableau synthétique sur les contributions.

²¹² Feuillet non numéroté. A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4).

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*

Quatre projets de Constitution de l'An VIII

PREMIER PROJET DE CONSTITUTION DE L'AN VIII¹

Le territoire français est divisé en grandes communes dont plusieurs forment un département.

L'organisation de la commune et du dp^t [*département*] font l'objet d'une loi spéciale.

Pour être inscrit sur le registre gn^{al} [*général*] des français, il faut être né ou avoir été naturalisé français.

20 ans après cette inscription, on peut demander son immatriculation dans le registre du civiciat à l'effet d'obtenir la qualité de citoyen français, de jouir de tous les droits primaires.

On n'est jamais reçu citoyen sans faire la triple preuve de XXXX.

La qualité de citoyen se perd par.... 1.2.3.4 et par le service domestique de tout autre qu'un citoyen français.

Elle est suspendue seulement si l'on a pris ce service près d'un citoyen français.

Elle est suspendue également par 1.2.<3>.4 ou 5.

On n'est susceptible d'aucun emploi d'aucune fonction publique si l'on n'est citoyen.

Les citoyens d'une commune nomment le 10^o d'entr'eux qu'ils jugent la plus digne de leur confiance pour gérer les affaires publiques.

Ainsi se compose la liste du 1^{er} grade ou grade communal.

Tous les gradués de la commune sont appelés à nommer sur la liste gn^{ale} [*générale*] des gradués de tous les départemens le 10^o qu'ils jugent le plus digne de gérer les affaires publiques.

Ainsi se compose la liste du 2nd grade ou grade départemental.

Tous les gradués départementaux présentent le 10^o d'entre eux qu'ils jugent les plus dignes de gérer les affaires publiques.

Ainsi se forme la liste des présentés ou 3^{ème} grade ou grade national.

Le jury conservateur réduit chaque liste d'un 10^o seulem^t [*seulement*]. Les 9 autres dixièmes sont approuvés et entrent dans la composition de la liste nationale.

¹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (6), Premier projet de constitution, p. 1 à 5, pièces 140 à 144. Ce premier projet de Sieyès est également reproduit par P.-Y. QUIVIGER, *Principe d'immanence, Métaphysique et droit administratif, avec des textes inédits de Sieyès*, Paris, Honoré Champion Éditeur, 2008, p. 395-397. C'est dans le prolongement de cette publication que nous associons ce texte de Sieyès à son premier projet de l'an VIII. Paul Bastid indique toutefois que ces projets n'ont pas été directement écrits par Sieyès, mais seulement corrigés par lui. P. Bastid, *op. cit.*, éd. 1970, p. 249-252.

Tous les membres de l'ordre constitutionnaire et législatif sont choisis sur cette liste par le jury-électoral-conservateur.

Tous ceux du Sénat et de l'ordre exécutif national sont nommés sur la même liste par le grand-électeur.

Les agens publics qui appartiennent à toutes les communes d'un dép^t [*département*] sont choisis sur la liste du 2nd grade.

Les agens publics particuliers à la commune sont pris sur la liste communale.

Ainsi tous les fonctionnaires publics ont d'avance l'accord et la confiance des administrés, mais ils sont nommés par les supérieurs <et non par>.

Grand Électeur :

Ses fonctions

Ses attributs

Son Élection.

Jury Conservateur :

Ses fonctions

Ses attributs

Nomination de ses membres.

Corps législatif :

Législateur ou Tribunal de légⁿ [*législation*]

La chambre du gouv^t [*gouvernement*]. 1^{er} Conseil de législation

La chambre de pétition. 2^{ème} Conseil de législation.

DEUXIÈME PROJET DE CONSTITUTION DE L'AN VIII

Titre 1^{er}

Le territoire français est divisé en départements, et en grandes communes, ou cantons.

L'organisation de la commune est l'objet d'une loi spéciale.

Chaque commune doit avoir ses établissements d'éducation, d'administration et de juridiction sociale.

Les établissements supérieurs ~~qui seraient trop coûteux seront~~ sont placés dans le chef lieu du département pour la totalité des communes.

~~Il est même des~~ Les Institutions centrales ~~comme le tribunal de haute justice & qui seront communs à plusieurs départements~~ ou nationales sont dans la capitale².

Titre 2

Pour être inscrit sur le registre général des français, il faut être né, ou avoir été naturalisé français.

Vingt ans après cette inscription, on peut demander son immatriculation, sur le registre des inscrits du civiciat politique³.

On n'est point reçu citoyen primaire sans avoir fait la triple preuve de [*Inachevé*]⁴.

La qualité de citoyen se perd (comme dans la constitution de l'an 3.

Et 5^o par le service domestique ~~de tout autre qu'un citoyen français~~⁵.

Elle est suspendue, cette qualité ;

1^o Par le service domestique, près d'un français

2^o (comme dans la Constitution de l'an 3)⁶.

Titre 3

Les citoyens de chaque commune ~~nomment~~ désignent au scrutin le 10^{eme} d'entre eux qu'ils ~~a la plus tenu confiance pour~~ croient les plus propres à gérer les affaires publiques. Ainsi se compose la liste du grade communal. (500,000)⁷.

Les gradués de la commune ~~nomment sur toutes les listes communales du même département~~ désignent parmi aux le 10^{eme} qu'ils jugent le plus ~~digne de gérer les~~ propres à s'occuper des affaires publiques. Ainsi se compose la liste du grade départemental. (50,000)⁸.

² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 67, p. 1.

³ *Ibid.*, pièce 68, p. 2.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 69, p. 3.

⁸ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 69, p. 3.

Les gradués de chaque département nomment entre eux dans leur propre liste, le 10^{ème} qu'ils jugent le plus digne de gérer les affaires publiques. Ainsi se forme la liste des citoyens présentée au premier grade, ou grade national. (5000)⁹.

~~Le Grand jury électoral réduit chacune de ces listes d'un dixième seulement et confirme le reste au nom de la nation française.~~ C'est ainsi que se compose la liste nationale¹⁰.

[Fin Feuillet 69]

~~Le Grand jury électoral réduit chacune de ces listes d'un dixième seulement et confirme le reste au nom de la nation française.~~ C'est ainsi que se compose la liste nationale¹¹.

~~Tous~~ Les membres dans l'ordre législatif, ainsi que tous les officiers nationaux dans l'ordre exécutif, ne peuvent être pris que dans la liste du premier grade, ou nationale¹².

Les premiers sont choisis par le grand jury électoral, savoir, 100 pour la tribune de proposition, et 300 pour le corps de décision¹³.

Pour chacune de ces deux assemblées, il est seulement astreint de choisir un député par département ; pour les autres, il est libre dans ses choix¹⁴.

Les membres de la tribune de la proposition se renouvellent par tiers, tous les ans, mais ils sont rééligibles¹⁵.

Les membres de l'assemblée de décision sont ainsi renouvelés par tiers, tous les ans, et ils ne sont rééligibles qu'au bout d'un an ; mais ils peuvent être élus immédiatement par la tribune de proposition (ou pétitionnaire)¹⁶.

La tribune de proposition a une latitude indéfinie pour motionner, discuter ses motions, et émettre un vote sur toutes les questions.

~~Mais elle ne peut porter une proposition à l'assemblée législative, pour obtenir une décision, qu'autant que cette proposition a été provoquée par le Conseil d'État, ou que ce Conseil a répondu qu'il ne s'y opposait pas~~¹⁷.

~~Le Conseil d'État a la droit de porter~~ Les deux chambres de ppôn [*proposition*] ont un droit égal de porter à l'assemblée de décision, toutes les propositions qu'ils croient nécessaires et bonnes ~~en avertissant huit jour à l'avance, la tribune de proposition.~~

~~Il faudrait mieux que la communication fut faite, et l'avertissement donné par l'assemblée législative~~¹⁸.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 70, p. 4.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 71, p. 5.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

La chambre de décision ou législature suivra et fera suivre dans tous actes législatifs les formes connues dans le barreau entre deux plaideurs¹⁹.

L'assemblée de décision donne la parole aux orateurs députés par la tribune de proposition, et le Conseil d'État, et après les avoir entendus contradictoirement elle porte au scrutin sa décision qui a le nom de décret, et devient loi de la République²⁰. L'assemblée de décision ~~vote sans discussion propre~~ ne rend point de décret de propre mouvement, elle ne peut jamais légiférer spontanément²¹.

Lorsque le décret est rendu, s'il n'y a plainte en inconstitutionnalité, la réclamation est portée au jury conservateur, par la tribune de proposition, ou le Conseil d'État²². Les conservateurs ne connaissent que du seul point d'inconstitutionnalité²³.

S'ils prononcent qu'il y a inconstitutionnalité, le décret est nul²⁴.

S'ils prononcent qu'ils n'y voient rien d'inconstitutionnel, ils envoient le décret au promulgateur de la loi, qui, lorsque toutes les formes intérieures voulues par le pacte fondamental sont remplies, le promulgue sur le champ sans pouvoir s'y refuser²⁵.

Alors seulement, il devient obligatoire. Le promulgateur l'envoie pour l'exécution aux chefs de gouvernement.

Le jury conservateur ne peut jamais s'occuper d'inconstitutionnalité ~~séparément~~ spontanément²⁶.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 72, p. 6.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 73, p. 7.

²⁶ *Ibid.*

TROISIÈME PROJET DE CONSTITUTION DE L'AN VIII²⁷

Loi organique de l'ordre politique en France

Article 1^{er}

Les citoyens de chaque commune nommeront le dixième d'entre eux qui a le plus leur confiance pour les affaires publiques, et formeront ainsi la liste du premier grade communal.

(Observation) Si le nombre des citoyens dans toute la République est, comme il est probable, de cinq millions d'hommes, on voit que la somme de toutes les listes du premier grade sera de 500,000²⁸.

Article 2

Dans chaque commune les citoyens du premier grade nomment sur toutes les listes communales de leur département le dixième des gradués qu'ils jugent le plus digne de gérer les affaires publiques et forment ainsi la liste départementale ou de second grade.

(Observation) La somme de toutes les listes départementales ou de tous les citoyens du second grade sera donc de 50,000²⁹.

Art. 3^e

Dans chaque département les citoyens du second grade nomment dans leur propre liste le dixième d'entre eux qu'ils jugent le plus digne de leur confiance pour gérer les affaires publiques supérieures. Ainsi se forment les listes des candidats au 3^e grade qui sera deviendra le grade national³⁰.

Art. 4

La liste des candidats de chaque département est adressée au Grand Jury Electoral qui après avoir fait réunir toutes les listes particulières dans une liste générale par ordre alphabétique qui réduit cette liste générale d'un centième pris indistinctement sur toute la liste ; et après cette réduction confère aux quatre-vingt dix neuf autres centièmes le troisième grade ou le grade national.

(Observation) Les citoyens du grade national sont donc au nombre environ de 5,000³¹.

²⁷ Pierre-Yves Quiviger présente ce texte comme le troisième projet de Sieyès. P.-Y. Quiviger, *Principe d'immanence, Métaphysique et droit administratif, avec des textes inédits de Sieyès, op. cit.*, 2008, p. 400.

²⁸ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 74, p. 1.

²⁹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 75, p. 2.

³⁰ *Ibid.*

³¹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 76, p. 3.

Art. 5

Le Grand Jury Électoral dans l'ordre législatif nomme dans cette liste 300 citoyens pour former le corps législatif chargé de la décision nationale ; et cent autres citoyens pour former le Tribunat ou Tribune pétitionnaire³².

Art 6

Pour chacune de ces deux assemblées le Grand Jury National est seulement astreint à nommer un député par département. Pour les autres, il est libre dans ses choix³³.

Art. 7

Les membres de la Législature ou l'Assemblée de décision sont renouvelés par tiers tous les ans, et ne sont rééligibles pour la même assemblée qu'après un an d'intervalle. Ils peuvent être élus pour le Tribunat, ou Tribunat pétitionnaire³⁴.

Art. 8

Les membres du Tribunat sont pareillement renouvelés par tiers tous les ans ; mais ils sont immédiatement rééligibles³⁵.

Art. 9

Le Tribunat a une latitude indéfinie pour motionner, discuter, et émettre un vote sur toutes les questions législatives et de gouvernement, en respectant toutefois le pacte fondamental³⁶.

Art. 10

Toute loi qui impose une obligation aux citoyens ne peut être portée que sur la proposition du Conseil d'état, après la communication faite au Tribunat appelé à contredire s'il le juge utile, et par la décision de la Législature³⁷. / Droit égal [*En marge*]

Art. 11^e

Les règlements nécessaires à l'exécution des lois existantes sont du ressort du gouvernement. La législation purement officielle, c'est-à-dire qui regarde uniquement les officiers publics, fonctionnaires ou employés dans toutes les parties du service public est du ressort du gouvernement³⁸.

³² *Ibid.*

³³ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 76-77, p. 3-4.

³⁴ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 77, p. 4.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 78, p. 5.

³⁸ *Ibid.*

Art. 12

Quand le Conseil d'état porte une proposition à la Législature celle-ci en fait donner communication au Tribunal, et elle fixe le jour où le Tribunal et le Conseil d'État seront entendus contradictoirement sur cette proposition³⁹.

Art. 13

Quand l'Assemblée Législative a jugé à propos de fermer la discussion qui a lieu devant elle, elle porte au scrutin sa décision qui a le nom de décret législatif⁴⁰.

Art. 14

L'assemblée de décision vote sans discussion propre. Elle ne peut jamais légiférer spontanément⁴¹.

Art. 15

Lorsque le décret est rendu, si le Conseil d'État ou le Tribunal se plaignent qu'il est inconstitutionnel, la réclamation est portée au Collège conservateur⁴².

Art. 16

Les Conservateurs ne connaissent que du seul point d'inconstitutionnalité⁴³.

Art. 17

Si le Collège conservateur prononce qu'il y a inconstitutionnalité, le décret se trouve, par cela seul, annulé et comme non avenu.

Art. 18

S'il prononce qu'il n'y trouve rien d'inconstitutionnel, il envoie le Décret au Promulgateur de la loi⁴⁴.

Art. 19

Le Promulgateur promulgue immédiatement comme lois, les décrets envoyés directement par la Législature, quand il n'y a pas eu de réclamation en inconstitutionnalité, ou bien quand le point de constitutionnalité a été prononcé par le Collège conservateur : alors seulement le décret devient obligatoire⁴⁵.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 79, p. 6.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 80, p. 7.

⁴⁵ *Ibid.*

Art. 20

Le Collège conservateur ne peut jamais s'occuper de constitutionnalité spontanément⁴⁶.

Les fonctions électorales dans l'ordre de l'Exécution sont confiées au promulgateur de la loi qui est en conséquence grand électeur⁴⁷.

Le promulgateur de la loi grand électeur n'a aucune fonction ni dans l'ordre législatif, ni dans l'ordre exécutif⁴⁸.

Il nomme et destitue deux consuls qui sont les chefs du gouvernement ; l'un pour les affaires intérieures, l'autre pour celles qui ont rapport à l'extérieur. ~~Mais~~ il a le droit de censure, en conséquence, il se fait rendre compte des orientations consulaires⁴⁹.

Les moyens des gouvernements pour chaque consul sont un Conseil d'État, des Ministres d'exécution, et un tribunal politique pour les officiers publics⁵⁰.

Les fonctions du Conseil d'État sont

1° Comme conseil de proposition de présenter au Corps législatif et de lui demander les lois imposant obligation aux citoyens.

2° Comme jury d'exécution, pour les lois déjà rendues de décider sur les demandes ministérielles soit qu'elles aient pour objet l'explication d'une loi, ou la confirmation des ordres contestés.

3° Le Conseil d'État comme législateur réglementaire, fait des règlements qui imposent obligation aux fonctionnaires et officiers publics sur le rapport des ministres. (Ils ne doivent pas dépendre des ministres seuls).

4° Comme jury de jugement –⁵¹.

Il juge les réclamations adressées contre les ministres, soit par les fonctionnaires inférieurs, soit par les citoyens qui se trouvent lésés, quand ces réclamations ne sortent pas de l'ordre administratif. (Pour celles qui en portent, il y a un tribunal politique)⁵².

Le tribunal politique se compose de deux chambres⁵³.

La chambre permanente pour juger en dernier ressort du délit commis dans l'exercice des fonctions publiques par les agents du gouvernement⁵⁴.

Sa juridiction s'étend sur toutes les branches du pouvoir exécutif⁵⁵.

Et la chambre temporaire dont la juridiction s'étend aux délits officiels commis soit par les ministres, les conseillers, et les membres des deux chambres⁵⁶.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 81, p. 8.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 82, p. 9.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 83, p. 10.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 84, p. 11.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

Cette chambre ne se réunit qu'à la demande des consuls⁵⁷.

Le troisième moyen de gouvernement est le pouvoir exécutif proprement dit : il appartient exclusivement aux ministres⁵⁸.

Dans toute l'échelle exécutive, il n'y a point de délibération⁵⁹.

La procurator et la surveillance de l'exécution du service public est déléguée à des commissaires nationaux consulaires séants près les administrations, les tribunaux, etc., qui ne peuvent être pris que sur la liste nationale⁶⁰.

La transmission ministérielle des ordres, et la décision en première instance dans l'ordre administratif est confiée à des bureaux intermédiaires ou préfectures, établis pour un ou plusieurs départements présidés par un commissaire national ou préfet consulaire⁶¹.

L'administration proprement dite, ou l'action locale pour toutes les parties du service public, est déléguée à des agents communaux⁶².

Les fonctionnaires publics sont les agents des ministres. Les employés sont les agents des fonctionnaires⁶³.

Nul ne peut exercer aucune fonction ou emploi dans la commune, s'il n'est sur sa liste de confiance⁶⁴.

Nul ne peut exercer aucune fonction ou emploi dans les établissements départementaux s'il n'est sur la liste départementale⁶⁵.

Chaque Ministre, outre son autorité censoriale a près de lui un Conseil de discipline pour juger administrativement la désobéissance et les fautes dans l'ordre réglementaire pour traduire, s'il y a lieu, à la chambre judiciaire⁶⁶.

~~Concilier la certitude des places et l'obéissance des employés ; il traduit à ce conseil les délinquants⁶⁷.~~

~~Le conseil de l'intérieur~~ pour les affaires intérieures le pouvoir exécutif est confié à un chancelier de la républ [république] chef de la magistrature, à un surintendant chef de la surintendance intérieure et à un directeur des finances⁶⁸.

Pour les affaires relatives à l'extérieur, il y a quatre ministres⁶⁹.

~~Il y a 15 ministres~~

~~Savoir 4 divisions d'affaires~~

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 85, p. 12.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 86, p. 13.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 87, p. 14.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

~~4 pour la sur intendance intérieure~~
~~4 pour la magistrature~~
~~5 pour la sur intendance extérieure~~
~~Et 2 pour la finance / division d'affaire~~

15⁷⁰.

Sur intendance intérieure [*En marge*]

Les quatre ministres pour la sur intendance intérieure sont

1^o ~~Celui de~~ la subdélégation générale ou (l'enregistrement général des choses et des personnes)

2^o ~~Celui de~~ L'instruction publique

3^o ~~Celui des~~ Les propriétés publiques

4^o ~~Celui~~ des assurances nationales⁷¹.

Magistrature [*En marge*]

Les quatre ~~ministres~~ divisions de la magistrature sont pour

La police tutélaire

La procuration judiciaire

La garde de la loi

Et la police civile et rurale⁷².

Directoire de la guerre et amirauté

Les ~~quatre~~ cinq ministres de la sur intendance extérieure sont

1^o La levée des circonscriptions

2^o pour les armées de terre

3^o pour la marine et les colonies

4^o pour la Diplomatie et les affaires extérieures.

~~1 pour les colonies françaises~~

~~1 pour le gouvernement~~ des pays non réunifiés⁷³.

~~Les deux ministres des finances sont~~

Les directeurs des finances

1^o pour l'assiette des contributions

2^o pour le recouvrement

3^o la garde du trésor

4^o et les payemens suivant les règles⁷⁴.

Attribution des deux grands pouvoirs électoraux

Grand Électeur

Il représente la majesté du peuple français : il a la prématie sur chacun : à ce titre, il est 1^{er} citoyen ; seul premier, et a le premier rang partout⁷⁵.

⁷⁰ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 88, p. 15.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 89, p. 16.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 90, p. 17.

Sa personne est investie de tous les attributs honorifiques qui sont propres à rendre sensible la dignité d'une grande nation ;

Il a un cortège d'émulation, et un cortège militaire ;

Un grand revenu fondé territorialement ;

Il est représentant de la nation, vis-à-vis des gouvernements étrangers ; ~~il reçoit [illisible] ambassadeurs etc.~~

Il est le canal de communication des lumières, des sciences de l'industrie française et étrangère.

C'est en son nom que sont donnés ~~tout~~ les brevets de nomination aux ~~grands~~ offices nationaux⁷⁶.

Dans chaque commune de la République, il nomme un lieutenant qui a la préséance dans toutes les cérémonies publiques⁷⁷.

Il est irresponsable pour les fonctions qu'il garde à vie, à moins qu'il ne soit nommé membre du Jury conservateur⁷⁸.

L'Élection de son successeur se fait de la manière suivante

Tous les ans, les membres du Jury conservateur désignent au scrutin secret un citoyen français qu'ils jugent digne d'être grand électeur⁷⁹.

Ce scrutin n'est point dépouillé. Les billets restent en dépôt dans une urne qu'on ferme hermétiquement et qu'on étiquette et date ~~de l'année où la désignation est faite, en~~ Cette urne est placée dans un lieu ostensible et sûr⁸⁰.

Lorsque les urnes sont au nombre de ~~sept~~ cinq, et que la ~~septième~~ sixième arrive, la plus ancienne est jetée au feu sans être ouverte⁸¹.

A l'instant de la vacance du trône, on tire au sort entre les ~~sept~~ cinq urnes étiquetées ~~de l'année~~ celle que le sort désigne est brisée, et l'on procède de suite au dépouillement du scrutin⁸².

Le citoyen ~~qu'a nommé la majorité~~ qui a le plus du suffrage est proclamé grand électeur⁸³.

Trois jours après, on fait une ~~sixième~~ cinquième urne pour compléter le nombre⁸⁴.

Le Jury conservateur ne peut choisir ou les membres ne peuvent donner leurs voix qu'aux sénateurs de la 1^{er} classe - c.a.d ceux qui ont exercé la présidence, laquelle est toujours pour un an⁸⁵.

N^o dans les cinq 1^{er} années, on pourra suppléer au vide du président par des présidents honoraires⁸⁶.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 91, p. 18.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 92, p. 19.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

Attribution du Collège des conservateurs⁸⁷

Celles déjà connues par l'ouvrage du Cⁿ [*Citoyen*] Sieyes.

Celles indiquées cy-dessus

Il nomme aux places vacantes dans son sein : mais de manière qu'il y ait ~~tou-~~
~~jours~~ ordinairement un cinquième de ces places vacant⁸⁸.

Tout citoyen français peut être appelé dans son sein, y compris le grand élec-
teur⁸⁹.

Tout citoyen nommé conservateur cesse à l'instance d'être susceptible, et pour
toujours, d'aucune autre fonction publique : s'il en exerçait, nul ne pourrait lui
obéir pous crime de haute trahison. Il se mettrait hors la loi lui-même ~~serait cou-~~
~~pable de crime~~⁹⁰.

La place de conservateur est à vie, elle est dotée territorialement d'un revenu
considérable⁹¹.

Consuls

Les consuls sont les chefs de gouvernement : Ils tiennent dans leurs mains, les
moyens d'exécution énoncés⁹².

Ils choisissent et destituent les ministres, les conseillers d'États, et les ~~grands~~
juges politiques pour la confirmation nécessaire du grand Électeur au nom duquel
tout se fait⁹³.

Chacun d'eux préside son Conseil d'État⁹⁴.

S'il s'élève des divisions entre les deux consuls, soit pour la compétence, soit
pour les opinions, le Grand Électeur est chargé de faire mettre d'accord par son
droit de destitution, et de nomination, et le point de compétence est porté par le
Conseil d'État au Corps législatif pour être décidé⁹⁵.

Pouvoir judiciaire⁹⁶.Principe généraux

Juges de paix, lieutenant de paix, greffiers, M^r d'école dans chaque quartier⁹⁷.

Les causes domestiques, commerciales et fiscales sont jugées en première ins-
tance dans la commune chef-lieu⁹⁸.

Les causes politiques sont jugées en 1^{er} instance dans le département⁹⁹.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 92, p. 19.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 94, p. 21.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce 95, p. 22.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

Les premières sont décidées en dernier ressort dans le département, sauf le recours pour violation de forme au tribunal de cassation¹⁰⁰.

Tribunaux d'exception

Les affaires politiques sont jugées, en dernier ressort, par les deux chambres judiciaires [judiciaires] spéciales¹⁰¹.

Tribunaux ordinaires

Les causes entre les citoyens sont présentées d'abord à des juges de paix nommés uniquement pour essayer de concilier les parties. Les juges de paix, par exception à toutes autres nominations, sont choisis par les citoyens sur leurs listes de confiance¹⁰².

Si les parties ne peuvent être conciliées, l'affaire est jugée en première instance dans la commune en dernier ressort dans un tribunal d'appel¹⁰³.

Les causes criminelles sont jugées en première instance dans le département, et en dernier ressort par des grands juges nationaux en tournée, deux fois l'an¹⁰⁴.

Magistrature de police¹⁰⁵

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

QUATRIÈME DOCUMENT

Titre 12 - Du promulgateur des lois

*Grand électeur*¹⁰⁶

Art. 1.

Il y a un promulgateur des lois élu par le Collège des conservateurs. Il promulgue sous ce nom après en avoir vérifié les formes extérieures et après les avoir scellés, les décrets de la législature qui n'ont pas été ou qui ne sont plus attaqués comme inconstitutionnels¹⁰⁷.

[En marge]

Il ne peut refuser de promulguer dans les 3 jours, à moins qu'il ne dénonce les défauts inconstitutionnels¹⁰⁸.

Le consul de l'intérieur et ses ministres sont responsables¹⁰⁹.

2.

Le promulgateur des lois a deux millions de revenu en fonds de terres inaliénables comme celles des conservateurs. Il ne paraît en public qu'entouré d'un nombreux cortège militaire & décoré de tous les attributs qui peuvent rendre sensible la majesté de la nation. Il représente cette majorité & la primauté de tous sur chacun. A ces titres il a le premier rang partout, il préside toutes les grandes solennités nationales & il peut présider quand il veut le Collège des conservateurs, la Législature, le Tribunat & participer de son vote à leur délibération & élections¹¹⁰.

3.

C'est à lui que sont adressés & présentés les ambassadeurs & envoyés des puissances étrangères.

C'est en son nom que se fait la correspondance avec elles et qu'on arrête et signe les déclarations de guerre, les traités de paix, de commerce & d'alliance soumis pour devenir loi imposant obligation aux citoyens & aux autres français aux débats du Tribunat, à la déclaration de la législature & à la promulgation ordinaire. Il est protecteur spécial des français chez l'étranger & réciproquement des étrangers en France¹¹¹.

¹⁰⁶ Distinct des autres projets, ce quatrième document contenu dans le dossier de Sieyès se présente comme des feuillets annexes reprenant le statut du grand électeur.

¹⁰⁷ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce intitulée « Du promulgateur des lois. Grand Électeur », n° 97, p. 37.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce intitulée « Du promulgateur des lois. Grand Électeur », n° 97-98, p. 37-98.

¹¹¹ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce intitulée « Du promulgateur des lois. Grand Électeur », n° 98, p. 38.

4.

Il à a côté du palais des thuilleries ou il siège une maison d'émulation pour le perfectionnement, des arts, des sciences, du commerce & de tous les genres d'industrie utile. Il y appelle, il y place les hommes les plus remarquables, les plus distingués de tous les pays¹¹².

[p. 39]

5.

La promulgateur des lois est Électeur sur les listes d'aveu ou de confiance de la nation, des dep^{ts} et des communes, a toutes les représentations nationales, départ^{les} & communales dans l'ordre du gouvernement, & dans l'ordre d'exécution ministérielle, administrative & judiciaire. Il nomme aussi aux gouvernemens des colonies et pays conquis. Il a tous les grades de l'armée de terre et de mer. Il peut révoquer et destituer à volonté tous ses élus¹¹³.

6.

Ses fonctions sont à vie à moins qu'il ne s'en démette ou qu'il ne soit nommé membre du Collège des conservateurs¹¹⁴.

7.

Le choix de son successeur se fait de la manière suivante.

Tous les ans chaque membre du collège des conservateurs dépose dans une urne qui n'a d'ouverture que pour recevoir un billet, le nom du citoyen français digne d'être promulgateur des lois¹¹⁵.

L'urne est scellée étiquetée de l'année & placée dans un lieu ostensible & sûr¹¹⁶.

~~A la septième~~ Après la cinquième urne, la plus ancienne est supprimée¹¹⁷.

Lorsque la vacance arrive on tire au sort entre les ~~sept~~ cinq urnes étiquetées & celle que le sort désigne est brisée & dépouillée¹¹⁸.

Le collège des conservateurs proclame le citoyen qu'a nommé la pluralité des suffrages¹¹⁹.

¹¹² A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce intitulée « Du promulgateur des lois. Grand Électeur », n° 98-99, p. 38-39.

¹¹³ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce intitulée « Du promulgateur des lois. Grand Électeur », n° 99, p. 39.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce intitulée « Du promulgateur des lois. Grand Électeur », n° 99, p. 39.

¹¹⁶ A.N. 284 AP 5, dossier 2 (4), pièce intitulée « Du promulgateur des lois. Grand Électeur », n° 99-100, p. 39-40.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*

8.

Le promulgateur des lois a pour conseiller d'honneur les présidents du collège des conservateurs, de la législature & du tribunaat qui l'assistent dans toutes les grandes solennités nationales et ont rang avant les consuls¹²⁰.

¹²⁰ *Ibid.*

Organisation d'un gouvernement représentatif

PREMIÈRE RÉDACTION¹

Le caractère du gouv^t [*gouvernement*] représentatif, c'est qu'aucun citoyen n'obéisse qu'à des lois faites par des hommes de son choix et à des magistrats établis par son choix. C'est sur ce principe que repose la liberté la plus parfaite dont l'homme puisse jouir dans la société. C'est sur ce principe que doivent être réglées toutes les parties d'un gouvernement républicain. Par gouvernement, on entend ici Constitution.

La première chose à faire pour créer une constitution représentative, c'est de séparer non seulement les gouvernans des gouvernés mais la masse des hommes destinés à gouverner de ceux destinés à être gouvernés².

Sur 30, 000, 000 d'habitans, il y a en France environ cinq millions d'hommes qui payent une contribution égale à 3 journées de travail ; et sont citoyens français. Ces hommes gouvernent les autres habitans qui sont des femmes, des enfants, des serviteurs, ou compagnons et simples prolétaires³.

[*Élection par listes*]

Ces cinq millions d'habitans divisés en communes de 40 lieux quarrés, élisent par communes le dixième d'entre eux pour former une première classe de notables, ~~leur~~ cette classe sera donc composée de 500 000 notables du 1^{er} degré, ou notables de communes⁴.

Ces notables du 1^{er} degré se rassemblent par département, et extrayent par élection le dixième d'entre eux pour former une seconde classe de notable. Cette 2^e classe sera donc composée de 50, 000 notables du 2^e degré, ou notable de département⁵.

Ces notables du 2^e degré ~~se rassemblent~~ sans se rassembler mais en se formant par arrondissement de 4 départemens et extrayent par élection le 10^e d'entre eux pour former une 3^e classe de notables du 3^e degré, ou notables de la nation⁶.

¹ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 1-14.

² A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 1.

³ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 1-2.

⁴ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 2.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

La liste des 500 peut être réduite chaque année d'une dixième par le collège des conservateurs dont il sera parlé plus bas⁷.

Tous les ans on efface des listes communales 1° les morts 2° les condamnés et infamies. 3° ceux qui n'ont plus le domicile 4° ceux qui ont perdu la confiance.

Les destitutions des listes communales n'entraînent pas celle des listes départementale et nationale. Mais les notables de la nation et des départements votent [*illisible*] destitution par scrutin individuel.

C'est dans ces 3 classes de notables que sont pris tous les citoyens qui exercent un pouvoir national⁸.

Les pouvoirs que la nation délègue à des représentants sont

Celui de demander ou proposer des lois

Celui de faire les lois demandées

~~Celui d'en procurer l'exécution~~

Celui d'en prononcer l'application lorsqu'elle est douteuse ou contestée.

Celui d'en procurer l'exécution

Celui d'en diriger l'exécution⁹.

Celui d'en opérer l'exécution¹⁰.

Celui de procurer, diriger, opérer l'instruction

Enfin celui de conserver tous les autres

[*Pouvoir législatif*]

Le droit de proposer les lois et celui de les faire s'appellent pouvoir législatif.

Celui d'en prononcer l'application – pouvoir judiciaire

Celui d'en procurer, et d'en diriger l'exécution pouvoir de gouverner ou gouvernement

Celui d'en opérer l'exécution, pouvoir exécutif

Celui de conserver et maintenir tous les pouvoirs s'appelle pouvoir conservateur

Ainsi 5 grandes classes procurations nationales, législative, judiciaire, gouvernante, exécutive, conservatrice¹¹.

Le pouvoir législatif s'exerce au centre de la République¹².

Le pouvoir conservateur de même.

Le pouvoir judiciaire s'exerce sur toutes les parties de la République et au centre médiatement ; par l'autorité qui en délègue les fonctions ; immédiatement, par celle qui vérifie la conformité des jugemens avec les loix de forme.

Le pouvoir exécutif s'exerce au centre pour la direction et la procuration glé [*générale*], et sur toute la partie de la Répub [*République*] pour l'exécution ou administration.

Le pouvoir exécutif est composé de volonté et force¹³.

⁷ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 3.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 4.

¹¹ *Ibid.*

¹² A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 5.

¹³ *Ibid.*

Pour l'exercice du pouvoir législatif il y a 1° un corps de 400 personnes prises entre les notables de la nation. Ce sont elles qui font la loi.

2° Un corps de cent personnes prises dans les notables de la nation pour proposer les lois, ~~et f~~ au nom du peuple.

3° Un corps de 30 membres qui joints aux chefs de direction du pouvoir exécutif pris aussi dans les notables de la nation, pour proposer aussi les lois au nom du gouvernement¹⁴.

Ces deux corps chargés de proposer les lois, le font aussi de débattre réciproquement celles qui sont proposées par l'un des deux¹⁵.

Le corps des 400 appelés corps législatif ne fait que prononcer par oui ou par non sur leurs propositions et sur leurs débats¹⁶. Il ne peut faire spontanément aucune loi, et ils ne peuvent en faire sur la demande que comme les juges rendent un jugement¹⁷.

[Pouvoir Exécutif]

Le pouvoir exécutif est ~~exerce en~~ exercé à l'intérieur suivant des divisions

1° par les administrations communales de 40 lieux quarrées.

2° par des bureaux intermédiaires auxquels ressortissent 40 communes.

3° par des ministres au nombre de 10 pour l'intérieur, et auxquels ressortissent 40 bureaux intermédiaires

4° par ~~le~~ un consul chargé de l'intérieur¹⁸.

Dans la partie de ~~A~~ l'extérieur le pouvoir exécutif est exercé

1° par les officiers ~~civils et~~ militaires qui composent les armées de terre et de mer

par les administrations civiles jointes aux unes et aux autres

par les magistrats coloniaux

par les agens, ministres et ambassadeurs dans les cours étrangères

ministres / guerres

marime

colonies

rela. ex^{res}.

2° par les ministres auxquels ces objets correspondent, et qui sont au nombre de 4.

3° par ~~le~~ un consul chargé de la partie de l'extérieur¹⁹.

Crée des deux consuls. Il y a 2 conseils d'Etat : l'un de 30 membres l'autre de...

Au dessus des deux consuls est un magistrat qui vérifie et promulgue les lois, reçoit les ambassadeurs, nomme et destitue les consuls ; il a une maison civile et militaire.... Millions de revenus en formes de terre. Il est inviolable, irresponsable²⁰.

¹⁴ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 6.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 6-7.

¹⁷ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 7.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 8.

²⁰ *Ibid.*

[Pouvoir judiciaire]

Le pouvoir judiciaire est exercé en matière civile²¹.

1. par le juge de paix, conciliateur, établi dans chaque ~~commune~~ canton,
2. par l'arbitrage définitif ou ~~[illisible]~~ par un tribunal établi à charge de l'appel dans ~~un~~ le chef lieu de la commune.
3. par un tribunal établi dans un ou plusieurs départemens pour juger les appels.
4. par une Cour de cassation établie au centre de la République²².

En matière de police

Par le juge de paix

Et un tribunal de police correctionnelle²³.

En matière criminelle²⁴.

~~Par un jury~~²⁵.

1. par le juge de paix qui ~~[illisible]~~ constate les délits et ~~[illisible]~~
2. par un jury et de grands juges ambulans.
3. par la Cour de cassation établie au centre de la République.
- ✱ Il y a dans les communes des commissaires nationaux qui servent à la fois près des tribunaux et des administrations. Ils ont ~~[illisible]~~ près des tribunaux²⁶.

Le pouvoir conservateur est exercé par un corps de cent magistrats qui jugent des incompétences des pouvoirs supérieurs²⁷.

Ces magistrats sont dotés de revenus en forme de terre. Ils ont 2 gardes d'honneur²⁸.

~~Les conservateurs ont le droit d'appeler dans~~ ~~parmi eux d'élire leur~~²⁹.

Il y a toujours parmi les conservateurs un~~[illisible]~~ des ~~[illisible]~~

~~Les conservateurs~~ ont le droit d'appeler parmi eux les grands fonctionnaires, même le grand électeur, et du moment qu'ils ont déclaré un fonctionnaire conservateur les fonctions ~~cessent~~ et son autorité cessent³⁰.

Dans les communes il y a des administrateurs qui sont pris entre les notables de la commune et choisis par eux³¹.

~~Il y a de plus un commissaire du pouvoir~~ Les juges de paix sont nommés immédiatement par les habitans du canton³².

²¹ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 9.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 10.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 11.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

Les juges civils sont élus par les consuls entre les notables des départemens³³.
 Les commissaires ~~pr~~ près des tribunaux et communes sont nommés par les ~~consuls~~
 ministres entre ~~la~~ le les notables de la nation.
 Il en est de même des commissaires nommés pour former les commissaires inter-
 médiaires de départemens³⁴.

[Grand Électeur]

Les ministres sont nommés par les consuls.
 Les consuls par le grand électeur.
 Le grand électeur peut destituer les consuls.
 Les consuls peuvent destituer les ministres.
 Les ministres à vie destituer les commissaires³⁵.
 Les juges sont indestituable³⁶.
 Le grand électeur peut aussi être appelé dans le corps des conservateurs et de ce
 moment ses fonctions cessent³⁷.
 Quand le grand électeur meurt ou est appelé dans le collège des conservateurs, il
 est aussitôt remplacé. Ce sont les conser^t qui nomment le grand électeur³⁸.
 Son successeur est désigné d'avance par un scrutin ~~des conservateurs~~ dont le ré-
 sultat est ignoré ~~de l'ont~~
 Voici l'élection se fait de la manière suivante :
 Dès qu'un électeur est en fonction ~~on fait un~~ les conservateurs jettent leur vote
 dans une urne, qui est aussitôt mise en sûreté.
 L'année d'après ils font un autre scrutin³⁹.
 Et l'urne qui le reçoit est mise en sûreté à côté de l'autre⁴⁰.
 Pendant 4 années successives, un pareil scrutin se fait, reste de même ignoré et
 l'urne est de même fermée⁴¹.
 A la 7^e année ~~on l'~~ [illisible] à la 8^e à la 9^e année on fait un pareil scrutin ; mais ~~au~~
 à commencer au 7^e scrutin à mesure qu'on en fait un nouveau on supprime le plus
 ancien : ainsi un électeur vivant 20 années il aurait été fait 20 scrutins mais il ne
 subsisterait jamais que les six ~~les plus récents~~ derniers⁴².
 L'électeur mort, ~~on tire au sort~~ le sort détermine laquelle des six urnes sera ouverte
 et les autres sont supprimées. On dépouille le scrutin et le nom qui réunit le plus
 de suffrages est proclamé⁴³.

³³ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 12.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 13.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, p. 14.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

Si l'électeur était appelé entre les conservateurs ou mourait avant six années [~~insaisible~~] on ferait aussitôt le nombre de fonctions⁴⁴.

⁴⁴ *Ibid.*

SECONDE RÉDACTION⁴⁵

Le caractère du gouvernement représentatif c'est qu'aucun citoyen n'obéisse qu'à des lois faites par des hommes de son choix et à des magistrats établis par son choix. C'est sur ce principe que repose la liberté la plus parfaite dont l'homme puisse jouir dans la société. C'est sur ce principe que doivent être réglée toutes les parties d'un gouvernement républicain.

Par gouvernement on entend ici Constitution.

La première chose à faire pour créer une constitution représentative, c'est de séparer non seulement les gouvernans des gouvernés mais la masse des hommes destinés à gouverner de ceux destinés à être gouvernés.

Sur 30 000 000 d'habitans, il y en a en France environ cinq millions d'hommes qui payent une Contribution égale à 3 journées de travail, & sont Citoyens français. Ces hommes gouvernent les autres habitans qui sont des femmes, des enfans des serviteurs ou compagnons & simples propriétaires⁴⁶.

Ces cinq millions d'habitans divisés en communes de 40 lieue quarrés, élisent par commune le dixième d'entre eux pour former une première classe de notable, cette classe sera donc composée de 500 000 notables du 1^{er} degré, ou notable de commune⁴⁷.

Ces notables du premier degré se rassemblent ~~se rassemblent~~ élisent par département, ~~et extraient par élection~~ le dixième d'entre eux pour former une seconde classe de notable. Cette 2^e classe sera donc composée de 50, 000 notables du 2^e degré, ou notables de département.

Ces notables du 2^e degré ~~se rassemblent~~ élisent par arrondissement de 4 départemens ~~et extraient par élection~~ le 10^e d'entre eux pour former une 3^e classe de notables du 3^e degré ou notables de la nation.

Tous les ans on efface des listes communales 1^o les morts. 2^o les condamnés et infâmes. 3^o ceux qui n'ont plus de domicile. 4^o ceux qui ont perdu la confiance.

Les destitutions des listes communales n'entraînent pas celle des listes départementale & nationale. Mais les notables de la nation et des départements votent sur ces destitutions par scrutin individuel.

La liste des 5 000 peut être réduite chaque année d'un dixième par le collège des conservateurs dont il sera parlé plus bas.

C'est dans ces 3 classes de notables que sont pris tous les citoyens qui exercent un pouvoir national.

Ils ne peuvent en faire sur la demande que comme les juges rendent un jugement⁴⁸.

Le pouvoir exécutif est exercé à l'intérieur suivant les divisions

1^o par les administrations communales de 40 lieux quarrés

2^o par des bureaux intermédiaires auxquels ressortissent 40 communes

⁴⁵ Ce nouveau document est une copie du précédent. Il comporte cependant des ajouts et corrections, qu'il est utile de reproduire ici. A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, seconde rédaction, p. 1.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, seconde rédaction, p. 2.

⁴⁸ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, seconde rédaction, p. 3.

3° par des ministres au nombre de 10 pour l'intérieur, et auxquelles ressortissent
40 bureaux intermédiaires

4° par un consul chargé de l'intérieur

Dans la partie de l'extérieur le pouvoir exécutif est exercé :

1° par les officiers militaires qui composent les armées de terre & de mer.

2° par des administrations civiles jointes aux unes & aux autres

3° par les magistrats coloniaux

4° par les agens, ministres & ambassadeurs dans les cours étrangères

11 Par les ministres auxquels ces objets correspondent, & qui sont au nombre de 4 de la guerre, marine, colonies & relations extérieures.

111 Par un consul chargé de la partie de l'extérieure. Près de deux consuls il y a deux conseil d'état : l'un de 50 membres l'autre de... [Inachevé]

Au dessus des deux consuls et un magistrat qui vérifie et promulgue les loix, reçoit les ambassadeurs, nomme et destitue les consuls ; il y a une maison civile et militaire... millions de revenus en fonds de terre. Il est inviolable, irresponsable.

Le pouvoir judiciaire est exercé en matière civile⁴⁹.

1° par le juge de paix, conciliateur, établi dans chaque canton.

2° par l'arbitrage définitif, ou par un tribunal établi à charge de l'appel dans le chef lieu de la commune.

3° par un tribunal établi dans un ou plusieurs départemens pour juger en appel.

4° par une cour de cassation établie au centre de la République.

En matière de police.

Par le juge de paix

Et par un tribunal de police correctionnelle

En matière criminelle.

1° par un juge de paix qui constate les délits et saisit l'accusé.

2° par un jury et de grands juges ambulans.

3° par la Cour de cassation établie au Centre de la République. Il y a dans les communes des commissaires nationaux qui servent à la fois près des tribunaux et des administrations, ils sont subdélégués près des tribunaux.

Le pouvoir conservateur est exercé par un corps de cent magistrats qui jugent des incompétences des pouvoirs supérieurs.

Les magistrats sont dotés de... revenus en fonds de terre. Ils ont deux gardes d'honneur⁵⁰.

Il y a toujours parmi les conservateurs un 5^e des places vacantes & ils ont le droit d'appeler parmi eux les grands fonctionnaires, & du moment qu'ils sont déclaré un fonctionnaire conservateur les fonctions et son autorité cessent.

Dans les communes, il y a des administrateurs qui sont pris entre les notables de la commune & choisis par eux.

Les juges de paix sont nommés immédiatement par les habitants du canton.

Les juges civils sont élus par les consuls entre les notables des départemens.

Les commissaires près des tribunaux & communes sont nommés par les ministres entre les notables de la nation.

⁴⁹ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, seconde rédaction, p. 4.

⁵⁰ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, seconde rédaction, p. 5.

Il en est de même des commissaires nommés pour former les commissions intermédiaires des départemens.

Les ministres sont nommés par les consuls.

Les consuls par le grand électeur.

Le grand électeur peut destituer les consuls.

Les consuls peuvent destituer les ministres.

Les ministres, destituer les commissaires.

Les juges sont à vie indestituable.

Le grand électeur peut aussi être appelé dans le corps législatif des conservateurs et de ce moment ses fonctions cessent⁵¹.

Quand le grand électeur meurt ou est appelé dans le collège des conservateurs, il est aussitôt remplacé. Ce sont les conservateurs qui nomment le grand électeur.

Son successeur est désigné d'avance par un scrutin dont le résultat est ignoré.

L'élection se fait de la manière suivante.

Dès qu'un électeur est en fonction les conservateurs jettent leur vote dans une urne, qui est aussitôt mise en sureté.

L'année d'après ils font un autre scrutin & l'urne qui le reçoit est mise en sureté à côté de l'autre.

Pendant 4 années successives un pareil scrutin se fait, reste de même ignoré et l'urne est de même [illisible]. À la 7^e année à la 8^e année on fait un pareil scrutin, mais à commencer au 7^e scrutin à mesure qu'on en fait un nouveau on supprime le plus ancien : ainsi un électeur vivant 20 années, il aurait été fait 20 scrutins mais il ne subsisterait jamais que les 6 derniers.

L'électeur mort, le sort détermine laquelle des 6 urnes sera ouverte et les autres sont supprimées. On dépouille.

Les pouvoirs que la nation délègue à des représentans sont⁵² :

Celui de demander ou proposer les loix.

Celui de faire des loix demandées.

Celui d'en prononcer l'application lorsqu'elle est douteuse ou contestée.

Celui d'en procurer l'exécution.

Celui d'en diriger l'exécution.

Celui d'en opérer l'exécution.

Celui de procurer, diriger, opérer l'instruction.

Enfin celui de conserver tous les autres.

Le droit de proposer les loix et celui de les faire s'appellent pouvoir législatif.

Celui d'en ~~faire~~ prononcer l'application, pouvoir judiciaire

Celui d'en procurer et d'en diriger l'exécution, pouvoir de gouverner ou gouvernement.

Celui d'en opérer l'exécution, pouvoir exécutif ou administration.

Celui de conserver & maintenir tous les pouvoirs s'appelle pouvoir conservateur.

Ainsi 5 grands procurations nationales, législatives, judiciaires, gouvernant, exécutive, instructive, conservatrice.

Le pouvoir législatif s'exerce au centre de la République⁵³.

Le pouvoir conservateur de même.

⁵¹ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, seconde rédaction, p. 6.

⁵² A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, seconde rédaction, p. 7.

⁵³ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, seconde rédaction, p. 8.

Le pouvoir judiciaire s'exerce sur toutes les parties de la République et au Centre ; médiatement par l'autorité qui en délègue les fonctions ; immédiatement, par celle qui vérifie la conformité des jugements avec les lois de forme.

Le pouvoir exécutif s'exerce au centre par la direction et la procuration générale, & sur toutes les parties de la République pour l'exécution ou administration.

Le pouvoir ~~législatif~~ exécutif est composé de volonté & de force.

Pour l'exercice du pouvoir législatif il y a 1^o un corps de 400 personnes, prises dans les notables de la nation. Ce sont elles qui font la loi.

2^o Un corps de cent personnes prises dans les notables de la nation pour proposer les lois au nom du peuple.

3^o Un corps de 30 membres qui joints aux chefs la Direction du pouvoir exécutif pris dans les notables de la nation, pour proposer aussi les lois au nom du gouv^t.

Ces deux corps chargés de proposer les lois, le sont aussi de débattre réciproquement celles qui sont proposées par l'une des deux.

Le corps des 400 appelés corps législatif ne fait que prononcer par oui ou par non sur leur proposition & sur leurs débats. Il ne peut faire spontanément aucune lois, et le scrutin & le nom qui réunit le plus de suffrages et proclamé.

Si l'électeur était appelé entre les conservateurs ou mourait avant six années d'exercice ou ferait aussitôt le nombre de scrutin qui manqueraient pour compléter ce nombre, & le sort désigne l'urne d'où sortirait le nom de l'électeur⁵⁴.

⁵⁴ A.N. 29AP/79, Organisation d'un gouvernement représentatif, seconde rédaction, p. 9.

Pierre-Louis Roederer

Projets alternatifs

PREMIER DOCUMENT [FEUILLET SANS TITRE, DEUX THÈMES]¹

Du corps conservateur²

1. Corps conservateur de 100 places

Conservateur [*exclusif*] la vie de toute autre fonction

Les places sont à vie

Il nomme les membres, ceux du corps législ. ceux du tribunal.

Il statue sur les questions de (compétences) et constitutionnaire dont il peut être saisi soit par le tribunal soit par les conseils d'État³.

Il appelle à lui [*illisible*] tout citoyen quand il le juge nécessaire au maintien de la chose publ.

Tout citoyen ainsi appelé cesse sur le champ ses fonctions à peine de haute trahison. ~~Il cesse~~ Seront complices ceux qui lui obéiront⁴.

Un quart de places vacantes.

Une partie de biens nationaux ~~seront désignés et aff~~ qui seront désignés dans un traitement [*illisible*] sera appelé à [*illisible*] au traitement et dépenses du corps conservateurs⁵.

Division du territoire⁶

Divisé en dép. et communes d'environ 40 lieux carrés⁷.

Chaque année les cit. ~~élisent~~ de chaque commune ~~élisent~~ désignent le 10^e d'entre eux qui ont le plus la confiance, et forment ainsi une liste communale d'où sont tirées les fonct. de la commune⁸.

¹ Ce document est le premier concernant ses idées sur la Constitution de l'an VIII. A.N. 29AP/79.

² A.N. 29AP/79. Titre de Roederer issu d'un feuillet indépendant intitulé : « Du corps conservateur ».

³ A.N. 29AP/79. Il s'agit d'un feuillet indépendant intitulé : « Du corps conservateur ».

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.* Il s'agit d'un feuillet indépendant intitulé : « Du corps conservateur », sous lequel apparaît une partie concernant la « Division du territoire ».

⁷ A.N. 29AP/79. Feuillet indépendant intitulé : « Du corps conservateur ».

⁸ *Ibid.*

Les cit. [*citoyens*] compris dans les 1^{ers} listes des communes du dépt. désignent le 10^e d'entre ceux qui a le plus leur confiance. Liste département¹ d'où sont tirés les fonctionnaires du dep^t.⁹

Les c. [*citoyens*] compris dans la 2^e liste désignent le 10^e d'entre eux et forment une 3^e liste¹⁰.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

DEUXIÈME DOCUMENT
[FEUILLET SANS TITRE, SUR LES CONSERVATEURS]

Les conservateurs ont différentes fonctions¹¹.

Fonctions morales.

Ils sont ~~source~~ principe et organe de l'opinion publique.

Le terme des ambitions raisonnable

Le couronnement de la notabilité ~~française~~ républicaine

Fonctions politiques.

Juges des inconstitutionnalités irresponsables.

~~Ja~~ Censeurs ~~de~~ et ostracistes.

Grand électeur dans l'ordre législatif.

Grand jury des crimes de haute trahison d'état commis par les 1^{er} fonctionnaires.

Réviseurs et réformateurs de la constitution.

Juris d'équité¹².

¹¹ A.N. 29AP/79. Feuilleton indépendant concernant les conservateurs.

¹² A.N. 29AP/79. Feuilleton indépendant concernant les conservateurs.

TROISIÈME DOCUMENT

Collège des conservateurs										Corps législatif	
Grands électeurs											
Deux consuls										Tribunat	
Conseil d'État de l'extérieur					Conseil d'Etat de l'intérieur						
					/						
4 Ministres de l'extérieur					10 Ministres de l'intérieur		Cour de cas- sation		Institut de sciences et arts		
Ambassa- deur près des cours étrang.	Généraux	Amiraux	Magis- trats et commis- saires co- loniaux		40 commis- sions inter- médiaires de départements		40 tribunaux tant d'appel en matière ci- vile que cri- minelle am- bulans				
			750 admi- nistra- tions de com- munes de 40 lieues quarrées		750 tribunaux civils de com- munes		750 écoles pu- bliques de communes				
			Subdélé- gué dans les lieux de la commune ou ils se- ront né- cessaires		Juges de paix dans chaque canton						

SIXIÈME DOCUMENT
[FEUILLET SANS TITRE, SUR LE GOUVERNEMENT]¹³

1. Il y a sous le nom de... un chef suprême de gouvernement^{t14}.
2. Il est nommé pour 10 ans pour le collège des cons^r et toujours rééligible.
3. Il nomme 2 consuls l'un p. l'int., l'autre pr. l'extérieur.
4. Chaque consul a p. moyen de gouv^t un conseil. Il est présidé par lui, des ministres a sa nomina^o et une chambre de justice politique.
5. L'arrêté ou ordre de chaque consul est pris après avis de l'autre consul sous la précision de... qui juge la question de compétence et termine les conflits de juridiction intérieure et [illisible] nécessairement les arrêtés ou ordres des consuls.
6. Le... est irresponsable.
7. Les deux consuls sont responsables. Ne peuvent être accusés que par le jury législatif sur la demande du tribunal.
8. Les ministres sont responsables et jugés par la chambre de justice politique sur l'acte d'accusation dressé par le conseil d'État.
9. Les consuls sont destituables par le ... On propose pour amendement qu'ils ne soient pas destituables, mais ostracisables.
10. Le ... non réélu entre de plein droit dans le [illisible] des conservateurs après 10 ans, et quand il le veut.

¹³ Ce document est le sixième du dossier concernant les idées sur le projet de Constitution de l'an VIII. A.N. 29AP/79, pièce non numérotée.

¹⁴ *Ibid.*

TROISIÈME DOCUMENT

Système g^l [général] du pouvoir exécutif¹⁵

[En marge] 1. Le gouvernement est confié à trois consuls.

1. L'exécution des lois est procurée et dirigée par trois consuls.

[En marge] 2. L'administration est confiée à 14 ministres dont.

2. Elle est ordonnée et surveillée ~~opérée~~ par 14 ministres dont 10 sont chargés de l'intérieur et 4 de l'extérieur ;

[En marge] ~~3 et l'exécution est confiée~~

~~3. Elle est opérée 1. Par des et par des administrateurs de communes subordonnées d'environ 40 lieux carrés et par des par desquelles commissaires nommés près d'elles par les consuls.~~

2. et par des bureaux intermédiaires qui uniquement chargés de la transmission des ordres des ministres aux administrations communales et du rapport de leurs opérations, ainsi que des ~~plaintes ou~~ demandes ou réclamations des administrés aux ministres¹⁶.

4. Il y a ~~trois~~ deux consuls.

L'un pour les aff. de l'extérieur.

[illisible] des partis de l'administration

L'autre pour celles de l'intérieur.

Celui-ci propose les lois aux corps législatif, fait les règlements d'administration, prononce sur le contentieux de l'administration¹⁷.

Système et fonctions du Consulat

1. L'un des trois consuls, sous le titre de premier consul de la République, préside les deux autres.

4. ~~Il~~ Le 1^{er} consul nomme [illisible] les ministres, et les généraux en chef sur la présentation du ministre de la guerre, les ambassadeurs et autres envoyés ~~dans les~~ près des cours étrangères sur la présentation du ministre des relations extérieures¹⁸.

~~Il reçoit les ambassadeurs chargés~~

5. Les deux autres consuls ne peuvent rien statuer sans son approbation.

~~Il peut n'a le concours il n'a besoin que du concours [illisible] l'approbation de l'un des deux. Toute résolution acte consulaire a besoin du consentement d'un consul et du sien du 1^{er} consul et deux de celui des deux autres¹⁹.~~

¹⁵ Dans le dossier Roederer, il s'agit du troisième document. A.N. 29AP/79. Ce document se constitue d'un feuillet indépendant intitulé « Système général du pouvoir exécutif », numéroté de 1 à 3.

¹⁶ A.N. 29AP/79. « Système général du pouvoir exécutif », p. 1.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ A.N. 29AP/79. « Système général du pouvoir exécutif », p. 2.

¹⁹ *Ibid.*

2. ~~Il habite le~~ Il habite le palais consulaire où ~~C'est dans son palais que~~ où se réunissent les consuls pour l'exercice des fonctions consulaires, et où sont ~~conservées~~ établies les archives du consulat²⁰.

~~Il y a une garde particulière~~

3. Les consuls ont chacun une garde ~~de~~ qui ne pourra excéder 200 ~~et~~ hommes ~~200 hommes~~ dont 50 à cheval.

Celle du premier consul et du palais consulaire, ne pourra ~~être portée~~ excéder le ~~au~~ nombre de 1800 hommes dont 300 hommes à cheval²¹.

6. Deux ~~eons~~ membres du collège des conservateurs assistent aux séances des consuls pour veiller sur l'observation des formes constitutionnelles.

7. Les consuls sont inviolables et irresponsables pour tous actes appartenant à l'exercice de leurs fonctions²².

Les actes ~~des~~ consulaires ne ~~pourront être ex~~ peuvent être exécutés que revêtus de la signature du ministre à qui appartient la surveillance de l'exécution.

Des ministres.

Les ministres sont responsables chacun dans leur partie de l'exécution.

Des ~~résolutions~~ actes consulaires qui seraient contraires aux lois et de l'inexécution des actes qui n'y sont pas contraires²³.

De l'élection, de la durée des fonctions, de ~~[illisible]~~ la cessation, de la rééligibilité des consuls ~~et de leur~~²⁴.

Les 3 consuls sont élus pour dix ans.

[En marge] Les fonctions des deux consuls ~~les deux consuls peuvent être appelés par [illisible] temps [illisible]~~ cessent avant le terme de 10 ans s'ils sont appelés par le collège des conservateurs.

Et ils en deviennent membres ~~[illisible] et leurs fonctions consulaires cessent dès qu'ils~~

Le premier consulaire peut être appelée pendant les 10 années de son consulat au collège des conservateurs. Il y entre de plein droit en donnant sa démission²⁵.

Les 2 consuls sont rééligibles. ~~Mais le collège des conservateurs peut quand il le juge nécessaire les appeler entre ses ministres. Pour que.~~

~~Le premier consul le sont rééligible~~ pour qu'il soit rééligible après 10 ans, il faut qu'immédiatement ~~après ce terme, qu'autant que le~~ après ~~[illisible]~~ l'expiration de son ~~[illisible]~~ et la proposition du Conseil d'Etat de l'intérieur ~~[ait]~~ consentie ou débattue ~~[illisible] propose au trib~~ le tribunal le Corps législatif ait déclaré qu'il n'y

²⁰ A.N. 29AP/79. « Système général du pouvoir exécutif », p. 3.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ A.N. 29AP/79. Cette pièce, qui porte un numéro 6, est intitulée « De l'élection, de la durée des fonctions, de la cessation, de la rééligibilité des consuls » est difficilement lisible en raison de ses nombreuses rayures et de son mauvais état de conservation.

²⁵ A.N. 29AP/79. « De l'élection, de la durée des fonctions, de la cessation, de la rééligibilité des consuls », p. 6.

a point de danger ~~a sa~~ [illisible] ~~pour que~~ pour la liberté publique [illisible] à sa réélection. [*Phrase illisible et rayée*].

[*En marge*] Dans ce cas, le collège des conservateurs décide au scrutin secret, si le premier consul de fonction [illisible] est élu ou non.

~~Si le tribunal se~~ Si le ~~tribunal~~ Corps législatif ne juge pas convenable de faire cette déclaration, il passe à l'ordre du jour sur la proposition du Conseil d'État et ~~les fonctions~~ le premier consul ~~entre de droit dans~~ devient membre du collège des conservateurs²⁶.

Du remplacement des consuls ~~non-réélus~~²⁷

~~On procède au~~ Les deux consuls Pour le remplacement des deux consuls, ~~de la manière~~ ~~sui~~ le président du tribunal, celui du corps législatif, celui... présentent chacun un candidat et le collège des conservateurs en choisit un au scrutin secret²⁸.

~~Le premier consul~~

Pour le remplacement du 1^{er} consul soit en cas de mort, soit après son exercice de 10 années, on procède de la manière suivante

Immédiatement après son entrée en exercice, le collège des conservateurs élit au scrutin secret

[illisible] celui qu'elle juge le plus capable digne de lui succéder. Le scrutin est jeté dans un vase fermé qui est aussitôt mis en sureté ; pendant 5 années consécutives le même scrutin est renouvelé. A la 7^e année, et pareil ainsi de suite un pareil scrutin a lieu, mais a compter [du] 7^e scrutin, à mesure qu'il s'en fait un nouveau, on supprime le plus ancien, de manière qu'il ne subsiste jamais plus de 6 urnes ou scrutin à la fois²⁹.

Lorsqu'il y a lieu au remplacement du 1^{er} consul, le sort désigne entre les 6 urnes ou scrutin conservés, lequel celui sera dépouillé ; les 5 autres sont supprimés et le nom qui réunit le plus de suffrages, est proclamé premier consul³⁰.

QUATRIÈME DOCUMENT

[FEUILLET SANS TITRE, SUR LE JURY CONSERVATEUR]³¹

Pour que le jury conservateur mérite son nom, il faut ~~qu'il~~ plutôt augmenter que réduire et ses avantages et son nombre³².

~~Pour ab~~ Il ne peut pas être moins nombreux 1^o pr [pour] être incorruptible
2^o lorsque quelques ostracismes qui tomberont sur des hommes dangereux, ne changent pas l'esprit g^l.

Il ne peut être moins riche.

Pour que le corps soit conservateur, il faut que les membres le soient. Pour que l'un deviendrait conservateur de la chose, il faut qu'il ait un grand intérêt à conserver

²⁶ Ibid.

²⁷ A.N. 29AP/79. « Du remplacement des consuls », p. 7.

²⁸ Ibid.

²⁹ A.N. 29AP/79. « Du remplacement des consuls », p. 7-8.

³⁰ Ibid.

³¹ A.N. 29AP/79, pièce 87.

³² Ibid.

sa place, a se conserver lui-même dans la position ou sa fonction l’a mis. Il faut non plus ~~que~~ que chacun ne puisse être mieux, mais que le très grand nombre ne puisse être mieux et que personne ne puisse être assuré dans son bien être.

Il faut que une [illisible] pas trop descendre que d’y entrer en quittant les 1^{ères} place de l’état, sinon les chefs prendront la [illisible] de s’y perpétuer.

Il ne peut être pour un moindre [illisible] que la vie...

Sur la dotation de 100,000 f. assigné aux conservateurs.

Pour qu’ils aient un esprit qui réponde à leur titre, il faut qu’ils aient intérêt.

Et qu’aucun intérêt plus grand ne puisse être assuré à la majorité.

L’argent est ici garant de l’esprit ; et la forme est essentiellement constitutionnelle.

Avec un fonds qui ne [illisible] par 30 millions on fonde les 10 millions de revenu nécessaire. On [illisible] aux [illisible] une proie ~~comm~~ qui servira à un immense service public.

Il faut app[illisible] des fortunes honorables glorieuses, républicaines aux fortunes féodales, aux fortunes volées à la république.

Il faut que l’opinion descende ~~comm~~ avec le plaisir de for[illisible] républicaines.

Il faut un terme aux ambitions, un terme [illisible] reposent son action dangereuse à la liberté publique. Il [illisible] que l’on [illisible] organisant. ~~Pour le~~ Un petit nombre d’hommes ~~qui~~ y trouvera un tombeau mais ce tombeau est [illisible] un autel³³.

CINQUIÈME DOCUMENT

[FEUILLET SANS TITRE, SUR LES CONSULS]³⁴

1. Il y aura trois consuls³⁵.
4. L’un d’eux présidera les autres sous le titre de premier Consul.
3. Ils seront élus pour dix ans. Ils peuvent être réélus.
2. Ils seront élus par le Président du collège des conservateurs.
5. Les deux consuls ne pourront prendre de résolution sans l’approbation du 1^{er} consul.
6. Le premier consul seul ne pourra prendre de résolution ; il aura besoin ~~du con-~~
~~ours~~ de l’approbation d’un consul.
7. Les résolutions des consuls auront besoin de la signature d’un ministre pr être exécutées.
8. Les 2 consuls pourront être ~~destitués~~ appelés au Collège des conservateurs par le Président ainsi que les ministres, généraux X.
9. Le 1^{er} consul ne pourra l’être ~~que~~ par le collège des conservateurs ~~à une majorité~~
~~de 2/3~~ qu’après 10 ans.
10. Les consuls sont irresponsables et inviolables. Les ministres sont responsables et accusables.
- 11^e. Les deux consuls ne peuvent rien statuer sans l’approbation du premier consul.
12. Le premier consul ne peut rien statuer sans délibération préalable avec les deux consuls.

³³ Ibid.

³⁴ A.N. 29AP/79, pièce non numérotée, faisant suite à la pièce 87.

³⁵ Ibid.

13. Son avis joint avec celui d'un des deux consuls, fait décision.
14. Si le 1^{er} consul ayant proposé son avis, y persiste malgré l'opinion contraire des deux consuls ~~étant d'un avis opposé à celui du premier~~, ils seront tenus de porter leur opposition au jury constitutionnaire qui décidera [*illisible*] 24 heures, s'il y a inconstitutionnalité ou non dans l'avis du premier consul.
15. S'il y a inconstitutionnalité, l'avis du 1^{er} consul ne ~~sera pas exécuté~~ passera pas en décision. S'il n'y en a pas, les 2 consuls seront destitués.

SEPTIÈME DOCUMENT
[FEUILLET SANS TITRE, SUR LES CONSULS]³⁶

1. Les deux consuls ne peuvent rien statuer sans l'approbation du premier consul (~~[ilisible] n'ont en~~ On réglera le cas de vacance ou d'absence)³⁷.
2. Le premier consul ne peut rien statuer sans délibération préalable avec les deux consuls.
3. Son avis ~~joint~~ avec celui d'un des deux consuls fait décision.
4. Si le premier consul ayant proposé son avis, y persiste malgré l'opinion contraire des deux consuls, ils sont tenus de ~~porter~~ d'y déférer à moins qu'ils n'y trouvent [*ilisible*] des inconstitutionnalités dans ce cas ils sont tenus de porter au jury constitutionnaire, qui décide dans les 24 heures, s'il y a inconstitutionnalité ou non dans l'avis du premier consul.
5. S'il y a inconstitutionnalité, l'avis du 1^{er} conseil ne passera en décision. S'il n'y en a pas les deux consuls seront destitués. [*dans ce cas*].

Que les 3 consuls soient ~~élus~~ par le président du collège des conservateurs.
Destituables par le collège des conservateurs.
Responsabilité.

³⁶ A.N. 29AP/79, pièce non numérotée, faisant suite à la pièce 87.

³⁷ A.N. 29AP/79, pièce non numérotée.

HUITIÈME DOCUMENT
[FEUILLET SANS TITRE, SUR LES ÉLECTIONS]

Les fonctions publiques étant ~~offertes en charge~~ en tout tems accessibles à toutes les ambitions, n'attirent aucun respect.

Chacun pouvant prétendre à une place éminente, traite avec mépris le fonctionnaire dont il peut devenir d[*illisible*] le supérieur ou même son égal, on [*illisible*] son les magistrats auquel on doit obéir, ~~des resso~~[*illisible*] de sa grandeur à venir.

A l'époque des élections les citoyens sont partagés en deux classes ; la classes de ceux qui attaquant la classe de ceux qui se défendent. C'est un état de guerre ou l'envie s'arme de tous les guerres de calomnies, et s'occupe du double soin de ~~s'avance~~ prospérer et de nuire.

Les fonctions publiques par les promotions immédiates sont toujours ~~fait~~ envahie par l'intrigue, et la médiocrité.

Par les élections actuelles, il n'y a point de représentation nationale dans le corps législatif pour représenter la nation il et[*illisible*] le choix de la nation. Or un député est le choix d'élection choisie par une poignée de ~~petits~~ citoyens. ~~Un~~ Chaque village se trouve pro[*illisible*] de la nation pour élire en son nom, l'électeur qui doit lui donner ses magistrats et ses députés.

Pour que les habitudes du respect s'établissent chez un peuple, il faut que chacun trouve près de soi un concitoyen à respecter.

Le respect qu'on porte aux noms, aux richesses est servile. Celui qu'on porte au mérite est un lien de morale.

NEUVIÈME DOCUMENT

[FEUILLET SANS TITRE, SUR LES BASES DE LA CONSTITUTION]

De nos futurs lois politiques et fondamentales tout le monde parle de la future constitution. Nous ~~est~~ serait-il permis de parler ~~des~~ des préliminaires de toutes constitution ?

~~Quand on veut construire une un édifice constitutionnel former la première chose à faire est de connaître~~ La première chose à ~~déterminer~~ faire quand on veut ~~conclu~~ établir une organisation politique organiser les pouvoirs publics, c'est de déterminer quelle ~~[illisible]~~ d'homme le genre à

Après d'homme ~~qui~~ pourront être appelés à la ~~[illisible]~~, puisqu'il faut déterminer les éligibles et comment ils seront ~~et ira~~ appelées et quel appui moral on veut donner aux institutions ?

~~Bien des systèmes ont été~~ sont présentés par la philosophie, ~~présentées ou rapellés~~ par l'histoire ; tous s'accordent à dire que l'homme sans intérêt au bien public, ou sans la capacité nécessaire pour le connaître, ne doit pas..

Je ne demande pas si dans une république représentative ~~[illisible]~~ on donne les places à la naissance ~~et si l'on gardera sur la noblesse la distinction et si les emplois~~ ~~[illisible]~~ ~~en accordant~~ et les plus importants aux plus nobles.

Imposera t-on aux éligibles des conditions de propriété, et graduera t-on l'aptitude aux fonctions sur la richesse ?

Imposera t-on des conditions d'âge ? de mariage, de fortune, d'instruction, d'expérience ?

Et établirons des degrés d'âges, de fortune, d'instruction, d'expérience....

De la rédaction de la nouvelle constitution.

1

Premièrement il ne faut pas l'appeler constitution. Ce mot ~~[illisible]~~ 1° parce que l'idée de stabilité n'est plus attachée à ce mot ; mais bien l'idée contraire ; 2° parce qu'il n'a plus aucune solennité. 3° parce toute ~~mot~~ ~~[illisible]~~ constitution doit être hors de l'atteinte des pouvoirs constituées, que le ~~[illisible]~~ comprend ~~[illisible]~~ l'idée de toutes les lois politiques d'un état, et que ~~toutes~~ les lois politiques ~~n'ont pas~~ ~~[illisible]~~ ne doivent pas toutes avoir une égale fixité.

DIXIÈME DOCUMENT

Pouvoir exécutif³⁸

~~[En marge : Il faut absolument une condition d'âge pour entrer par élection dans le corps des conservateurs. Autrement le tribunal et les ministres et [illisible] forcément dangereux pour y être].~~

Systeme du pouvoir exécutif.

I. Le gouvernement est confié à trois consuls.

II. L'administration est confiée

1° à 14 ministres

2° à des administrations de communes d'environ 40 lieux quarrées, près des quelles sont des commissaires nommés par les consuls

3° à des bureaux intermédiaires chargés uniquement de la transmission des ordres des ministres aux administrations communales, et du rapport de leurs opérations ainsi que des demandes ou réclamations des administrés, aux ministres.

III. Il y a deux conseils d'Etat :

L'un pour les affaires de l'extérieur

L'autre pour celle de l'intérieur

Celui-ci a pour fonction :

1° de déterminer les propositions de loix qui seront faites au corps législatif

2° de faire des réglemens d'administration

3° de juger le contentieux de l'administration³⁹.

IV. L'un des 3 consuls, sous le titre de Premier Consul de la République, préside les deux autres⁴⁰.

~~[En marge]~~ **Organisation du Consulat et traitement des Consuls⁴¹**

V. Il habite le Palais national où se réunissent les consuls pour l'exercice des fonctions consulaires, et où sont établies les archives du gouvernement.

VI. Les consuls occupent chacun un palais national séparé, ils ont chacun une garde qui ne peut excéder 200 hommes dont 50 à cheval. La garde du premier consul qui est en même tems celle du Palais consulaire et des archives, ne peut excéder le nombre de 1800 hommes dont 300 hommes à cheval⁴².

~~[En marge]~~ VIII. Les consuls sont chargés de l'entretien de leurs palais. Le trésor public paye leur garde.

~~VIII.~~ 9 Le traitement et indemnité des 2 consuls sont de 500 000frs. Les traitements et indemnité du premier consul sont tant pour l'entretien du palais nationale que consulaire que pour la Représentation de la majesté nationale envers les puissances étrangères sont de 3 millions.

³⁸ A.N. 29AP/79, pièce n° 93.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ A.N. 29AP/79, pièce n° 94.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

Nota. La maison des cinq directeurs contait 2 millions cinq cens mille livres. Pour que le traitement du 1^{er} consul équivaille à celui du ~~du Président d'Amérique équi-~~
~~vaut~~ président des États Unis d'Amérique en raison de la population qu'il repré-
sente devrait être de 12 millions ~~quatre~~ *[illisible]* cens mille francs ~~il faut~~ et le prési-
dent de l'Amérique n'a jamais ni prince ni souverain à recevoir, il serait absurde
que le 1^{er} consul de la république française eût moins de 3 millions.

~~VIII bis.~~ IX. 10. Le premier Consul nomme seul les ministres, les généraux en chef
sur la présentation du ministre de la guerre, les ambassadeurs et autres envoyés
près des cours étrangères sur la présentation du ministre des relations extérieures⁴³.

~~VIII.~~ 11. Les deux autres consuls ne peuvent rien statuer sans son approbation. Tout
acte consulaire a besoin [*+doit être délibéré*] du consentement du premier consul et
de celui d'un des deux autres.

[*++ Si les deux consuls étaient opposés à l'avis du premier consul*]⁴⁴.

~~IX.~~ 12. Deux membres du collège des conservateurs, assistent aux séances des con-
suls, pour veiller ~~sur~~ à l'observation des formes constitutionnelles.

~~X.~~ 13. Les consuls sont inviolables et irresponsables pour tous les actes appartenans
à l'exercice de leurs fonctions.

~~X.~~ 14. [*En marge*] **Rapport du Consulat avec les ministres**

Les actes consulaires ne peuvent être exécutés qu'après avoir été revêtus de la si-
gnature du ministre auquel appartient la surveillance de l'exécution.

~~XI.~~ 15. Les ministres sont responsables chacun dans leur partie, de l'exécution des
actes consulaires qui seraient contraire aux lois et de l'inexécution des lois et des
actes consulaires qui n'y sont pas contraires⁴⁵.

[*En marge*] **De la durée des fonctions des consuls**⁴⁶

~~XII.~~ 16. Les 3 consuls sont élus pour 10 ans.

~~XIII.~~ 17. Les fonctions des deux consuls cessent avant le terme de dix ans s'ils sont
appelés par le collège des conservateurs.

~~XIV.~~ 18. Les deux consuls sont rééligibles.

~~XV.~~ 19. Le premier Consul ne peut être appelé pendant les 10 années de son consu-
lat, au collège des conservateurs. Il y entre de plein droit en donnant sa démission.

~~XVI.~~ 20. Pour que le premier Consul soit rééligible après 10 ans, il faut qu'immé-
diatement après l'expiration de son exercice et sur la proposition du Conseil d'Etat
de l'intérieur, consentie ou débattue par le tribunal, le corps législatif ait déclaré
qu'il n'y a point de danger pour la liberté publique à la réélection⁴⁷.

~~XVII.~~ 21⁴⁸. [*En marge*] **Des Élections et réélection des consuls.**

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ A.N. 29AP/79, pièce n° 95.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ A.N. 29AP/79, pièce n° 96.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ A.N. 29AP/79, pièce n° 96-97.

Si cette déclaration a lieu, le Corps des conservateurs, décide au scrutin secret, si le premier Consul sorti de fonction, est réélu ou non.

~~XVIII.~~ 22. Si le Corps législatif ne juge pas convenable de faire cette déclaration, il passe simplement à l'ordre du jour sur la proposition du Conseil d'Etat ; et le premier consul devient membre du collège des conservateurs⁴⁹.

~~XIX.~~ 23. Pour le remplacement des deux Consuls, le Président du tribunal, celui du Corps législatif, celui du ... présentent chacun un candidat ; et le Collège des conservateurs en choisit un au scrutin secret⁵⁰.

~~XX.~~ 24. Pour le remplacement du Premier consul soit en cas de mort [*+ ou démission*], soit après son exercice de 10 années, on procède de la manière suivante : immédiatement après son entrée en exercice, le collège des conservateurs élit au scrutin secret, celui qu'elle juge le plus digne de lui succéder⁵¹.

Le scrutin est jeté dans une urne qui est aussitôt mise en sureté ~~pendant~~ 5 années consécutives, le même scrutin est renouvelé à la 7^e année, et ainsi de suite, un pareil scrutin a lieu. Mais à compter du 7^e scrutin, à mesure qu'il s'en fait un nouveau, on supprime le plus ancien de sorte qu'il ne subsiste jamais plus de six urnes ou scrutin à la fois⁵².

Lorsqu'il y a lieu au remplacement du premier Consul, le sort désigne entre les 6 urnes conservées celle dont le scrutin sera dépouillé. Les 5 autres sont supprimées et le nom qui réunit le plus de suffrage est proclamé premier consul⁵³.

⁴⁹ A.N. 29AP/79, pièce n° 97.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² A.N. 29AP/79, pièce n° 98.

⁵³ *Ibid.*

Pierre Daunou

Premier projet

TABLEAU SYNTHÉTIQUE DES INSTITUTIONS¹

Collège des conservateurs

~~Sénat~~... 50 membres à vie... 50,000 fr en domaines

Élire ses propres membres avec absorption & le Consul

Confirme ou Cape toutes les élections

Caper les actes inconstitutionnels... (sic)

Provoque la réforme de la Con^o

<u>Pouvoir législatif</u>	<u>Pouvoir exécutif</u>	<u>Pouvoir judic.</u>
Sénat... 200 50 membres 10 ans 10,000 fr Conseil des an- ciens	Le consul. 300,000 fr 20 ans Le Conseil d'État... 25 membres 10 ministres... armée, marine, colonies, relations extérieures, fi- nance, &...	Tribunal de cassation 50 mem. 10,000 15 ans
Tribunat 2 100 membres 10 ans 10,000fr Conseil des 500	50 Bureaux de Trans- mission On chacun un délégué 1000 arrondissemens communaux On chacun un Préfet, [illisible] Consul) et	10 ans / 50 tribunaux d'appel p. / 50 tribunaux crimi- nel 5 ans / 1 000 tribunaux de 1 ^{er} instance et de po- lice correctionnelle

¹ Bib. Nat. Ms., NAF 21891.

Un conseil [*illisible*] municipal nommés par les CC. juges de paix ... 5 ans
10 membres 20 ans

Initiative & contradicteur
du Tribunat & du Consul

Veto considératif au Consul

Urgence votable sur la
seule ppos du Consul

Contrib. 5 000 000 nommant les juges de paix section...

Propriété. Les conseils municipaux, & les juges de T. /n. et [*illisible*] de chaque arr. réunis nommant les juges d'appel & crim [*illisible*] et les tribuns, & sénateurs, & juges de cassation.

Ppr. de 3 000 fr ; excepté les tribuns... & graduab[*illisible*]

PREMIER PROJET

Titre I De l'exercice des droits politiques et civils

1. Le territoire continental de la Rép. fr est divisé en dpts, et sous-divisé en arrondissem¹².

2. La surface d'un dpt ne peut excéder 120 myriamètres carrés.

Celle de chaque arrondissement sera réduite à 7 myriamètres carrés au plus.

~~La surface d'un dpt ne peut [pourra jamais] excéder 120. 180. 125. 150 myriamètres carrés, ni celle des arrondissements [illisible] 7 myriamètres carrés au plus³.~~

² Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F80 verso.

³ *Ibid.*

3. [~~illisible~~] Sont réputées colonies toutes les possessions franç^{ses} éloignées de plus de 3 myriamètres du territoire continental de la République. Leur régime est déterminé par des lois spéciales⁴.
4. Sont citoyens tous les hommes au-dessus de 21 ans, qui sont nés en France ou qui y sont domiciliés depuis dix années⁵.
5. Ils peuvent exercer le droit d'élire dans l'arrondissement où ils résident depuis un an. Ils sont éligibles dans toute l'étendue de la République⁶.
6. Néanmoins on ne peut élire aux fonctions nationales de sénateur, de législateur, de tribun, de consul, de ministre, de conseiller d'état, de questeur & de juge de Cassation, ceux qui n'ont point exercé une fonction départementale administrative ou judiciaire, et ces fonctions dptales elles-mêmes ne peuvent être conférées qu'à ceux qui ont rempli des fonctions de même nature dans un arrondissement. Ceux qui depuis le 14 juillet 1789 jusqu'au 18 brumaire an VIII ont exercé des fonctions nationales sont éligibles à toute fonction publique⁷.
7. L'âge de 30 ans accomplis est requis pour toute fonction judiciaire & pour les fonctions de Consul, de ministre, de Conseiller d'état, de Sénateur, de Tribun, de membre du Conseil des 200, et de Questeur⁸.
8. Excepté le 1^{er} consul tout fonctionnaire est rééligible immédiatement⁹ et indéfiniment¹⁰.
9. Le père et le fils ne peuvent être ensemble ni consuls, ni tribuns, ni sénateurs, ni juges dans le même tribunal. Il en est de même des 2 frères, de l'oncle & du neveu, du beau-père & du gendre¹⁰.
10. La qualité de citoyen français se perd :
 - par la naturalisation en pays étranger
 - par l'acceptation de fonctions ou de pensions provenant d'un gouvernement étranger
 - par l'affiliation à toute corporation qui supposerait des distinctions de naissance ou des vœux religieux
 - par la condamnation à des peines afflictives ou infamantes¹¹.
11. L'exercice des droits de citoyen fr. est suspendu

⁴ *Ibid.*

⁵ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F81 verso.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F82 verso.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F83 verso.

par l'état de débiteur failli ou d'héritier immédiat, détenteur à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli

par l'état de domestique à gages, attaché à la personne ou au ménage

par l'état d'interdiction, d'accusation ou de contumace¹².

12. La loi ne peut établir d'autres conditions ni restrictions aux droits d'élire & d'être élu, que celles qui viennent d'être exposées dans les art. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10 & 11¹³.

13. Au 1^{er} germinal de chaque année impaire, à commencer en l'an 9, il se formera en chaque arrondissement des assemblées primaires, égales à peu près en nombre, de citoyens ay^t droit d'y voter. Chacune de ces assemblées élira un membre du conseil d'arrondisse^m¹⁴.

14. Le 1^{er} floréal de chaque année impaire, il se formera en chaque dpt une assemblée électorale composée de tous les conseils d'arrondisse^m^t réunis¹⁵.

15. L'assemblée électorale élit, selon qu'il y a lieu les 25 membres du conseil de dpt les juges dont la juridiction s'étend sur plus d'un arrondisse^m^t, les juges de cassation, les législateurs¹⁶.

16. Aucune assemblée électorale ou autre, aucun corps constitué ne peut délibérer si les 3/5 de ses membres ne sont présents¹⁷.

17. ~~Plusieurs assemblées ou autorités constituées ne peuvent jamais se réunir pour délibérer ou~~ Jamais deux ou plusieurs assemblées diverses, 2 ou plusieurs autorités constituées ne peuvent se réunir pour délibérer [*illisible*] ensemble. Aucun acte émané d'une telle réunion ne peut être exécuté¹⁸.

18¹⁹.

19. La force publique est essentiellem^t obéissante : nul corps armé ne peut délibérer²⁰.

20. Les ~~as-sociétés~~ réunions, sociétés ~~et~~ ou assemblées particulières c'est-à-dire autres que celles que la constitution établit, pourront être, dans les cas que la loi aura prévus, empêchées, surveillées, dissoutes par la police²¹.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F84 *verso*.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F85 *verso*.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Le premier projet rédigé par Daunou ne contient pas d'article 18. Dans sa publication de 1847, Taillandier n'a pas non plus retrouvé cette disposition. M.-A.-H. Taillandier, *Documents biographiques sur P.-C.-F. Daunou*, op. cit., p. 176.

²⁰ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F86 *verso*.

²¹ *Ibid.*

21. Tout attroupement armé est un attentat à la Cont^o : il doit être dissipé sur le champ par la force²².

22. Tout attroupement non armé doit être égalem^t dissipé, d'abord par voie de commandem^t verbal, & s'il est nécessaire, par le développem^t de la force armée²³.

~~21.~~ 23. Toute personne a le droit d'adresser des pétitions aux autorités constituées : mais une pétition est essentiellem^t un acte individuel, aucune ne peut être faite en nom collectif²⁴.

~~22.~~ 24. Toute personne a le droit de publier par la voie de l'impression des ouvrages sur la politique & sur toute autre matière ; & si ces ouvrages sont d'une étendue supérieure à 4 feuilles d'impression, ils ne peuvent jamais être soumis à une censure avant leur publication.

Les écrits quelconques une fois publiés ne peuvent donner lieu à aucune plainte judiciaire, sinon de la part de ceux qui se diraient calomniés par lesdits écrits²⁵.

~~23.~~ 25. Il n'y a ni privilège ni maîtrise ni jurande ni limitation à la liberté du commerce et de l'industrie. Toute loi prohibitive en ce genre est essentiellement provisoire, & n'a d'effet que pendant un an au plus, à moins qu'elle ne soit formellement renouvelée²⁶.

~~24.~~ 26. ~~La loi~~ L'admission à l'exercice d'une profession quelconque ne peut jamais dépendre d'aucune prestation pécuniaire²⁷.

~~25.~~ 27. La loi ~~g~~ récompense les inventeurs & leurs ~~[illisible]~~ garantit aux inventeurs la propriété exclusive de leurs découvertes ou de leurs productions²⁸.

~~26.~~ 28. La loi garantit l'inviolabilité de toutes les propriétés, ou la juste & préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, dûment constatée, exigerait le sacrifice²⁹.

~~27.~~ 29. La maison de ~~chaque-citoyen~~ toute personne domiciliée est un asile inviolable. Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans les cas d'incendie, d'inondation, ou de réclamation de la part de ceux qui sont dans l'intérieur. Pendant le jour, on peut y exécuter les ordres des autorités constituées.

Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi, & pour la personne ou pour l'objet que désigne expressément l'acte qui ordonne la visite³⁰.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F87 verso.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F88 verso.

²⁷ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F89 verso.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F90 verso.

Titre II Du sénat conservateur

~~28.~~ 30. Le Sénat est composé de 100 membres non compris ceux qui, en qualité d'ex-consuls deviennent sénateurs de plein droit³¹.

~~30.~~ 32. Le Sénat nomme lui même à celles des 100 places de sénateurs électifs qui viennent à vaquer mais il ne peut choisir qu'entre des citoyens qui ont exercé des fonctions nationales, en vertu d'une élection émanée d'une assemblée électorale de dpt³².

~~31.~~ 33. À compter de l'an 9, le Sénat attendra toujours qu'il y ait 3 places vacantes dans son sein avant d'y pourvoir, & il sera tenu de nommer :

à la 1^{ère} un membre du Conseil des 200

à la 2^d un tribun

à la 3^{ème} l'un des 3 conseillers d'état ou ministres que lui présentera le 1^{er} consul.

Tout citoyen nommé sénateur en vertu du présent article sera tenu d'accepter, et d'abandonner à l'instant toute autre fonction publique³³.

~~35~~³⁴. C'est au Sénat que sont adressées les pétitions individuelles ~~les & les observations~~ ~~qui tendent à obtenir quelque changement à l'acte constitutionnel.~~

Le Sénat reçoit également les observations que lui adressent ~~sur le~~ pour obtenir des changemens du même genre, les consuls ~~les conseils tribunaux & les conseils de départem~~ de la république, & les ~~changements~~ conseils de dpt ou d'arrondissement³⁵.

~~32.~~ 34. La fonction essentielle du Sénat est d'annuler ou de confirmer les lois, les élections & actes publics quelconques, qui lui sont dénoncés comme inconstitutionnels ou illégaux soit par les consuls soit par les tribuns.

Le Sénat ne discute lesdits actes, il ne délibère pour les annuler ou les confirmer, qu'après avoir entendu 3 conseillers d'État ~~& trois~~ envoyés par les consuls, & trois tribuns députés par le collège des tribuns³⁶.

35. C'est le Sénat qui sanctionne ou annule les déclarations de guerre, & les traités de paix, de commerce & d'alliance que les consuls lui proposent.

³¹ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F94 verso.

³² Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F95 verso.

³³ *Ibid.*

³⁴ L'élaboration sans doute progressive de ce projet rédigé par Daunou explique l'absence de continuité dans la numérotation des articles. De la même manière, cette disposition particulière, non reprise par son second projet, ne peut être retrouvée dans l'édition de Tallandier en 1847 (*op. cit.*, p. 175).

³⁵ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F97 verso.

³⁶ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F98 verso.

~~II~~ Le Sénat ne discute lesdites déclarations & lesdits traités ~~qu'après avoir en~~ il ne délibère pour les sanctionner ou les annuler, qu'après avoir entendu, comme dans le cas de l'article précéd^t, 3 conseillers d'état et trois Tribuns³⁷.

35. 36. C'est au sein du Sénat que sont pris les jurés de jugem^t dans les procès criminels d'état dont il sera parlé ci-après ~~au~~ Tit. VI. Art³⁸.

35. 37. Le Sénat ne peut décréter aucun changement aucune modification à aucun des articles de la constitution, mais il a le droit de proposer des changemens & des modifications de cette nature, ainsi qu'il sera expliqué ci-après titre...³⁹.

38. ~~D'après les pétitions ou observations mentionnées à l'article précéd^t, ou de son propre mouvem^t, le sénat peut rédiger un projet de changement à un aux articles de la constitution & le présenter au conseil du corps législatif pour qu'il y soit délibéré & comme il sera dit ci après au tit. III. Const.~~

Hors les fonctions établies par les articles précédens 32, 33, 34, 35, 36 & 37, & les actes qui concernent l'administration intérieure du Sénat lui-même, l'ordre de ses délibérations & la police du local qu'il occupe, le Sénat ne peut s'immiscer en aucune manière & sous aucun titre dans l'exercice d'aucun pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire⁴⁰.

39. Si les tribuns pensent qu'un acte du Sénat contrevient à l'article précédent ils publient au sein de l'un et de l'autre conseil législatif une déclaration ainsi conçue
Vu l'acte du Sénat.... dont la teneur suit les tribuns empêchent.

Si cette déclaration est signée de la majorité des tribuns, elle annule l'acte.

Le Sénat peut néanmoins dans un délai de 10 jours après cette déclaration adresser un message au Corps législatif pour demander à prouver que l'acte annulé était du nombre de ceux que la C^{on} lui attribue.

Ce message du Sénat a pour effet de faire considérer l'acte annulé comme un simple projet de loi, sur lequel le Corps ~~déli~~ législatif délibère dans les formes ordinaires, ~~les 3 orateurs envoyés par le Sénat sont entendus pour le projet et dans le conseil trois sénateurs et dans le conseil. Trois sénateurs députés. Par la le Conseil des 200 entend pour le projet trois sénateurs députés en cet effet par le Sénat, et contre le projet trois tribuns, à une except^e cependant qu'aucun [illisible] & avec cette seule différence que le projet est défendu au⁴¹ [sein du Conseil des Deux-Cents par trois sénateurs, députés à cet effet par le Sénat, et qu'aucun orateur n'est envoyé par les consuls ni pour le combattre ni pour l'appuyer]⁴².~~

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F99 verso.

³⁹ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F99 verso.

⁴⁰ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F100 verso.

⁴¹ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F101 verso.

⁴² Cet élément de phrase entre crochets est un complément reproduit par Taillandier (*op. cit.*, p. 179). Dans leur présentation formelle actuelle, les feuillets de Daunou ne contiennent plus cette rédaction recueillie en 1847. Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F101 verso.

40. Si le Corps législatif est en vacances lorsque le Sénat fait un acte qui excède ou paraît aux tribuns excéder ses attributions constitutionnelles, la déclaration des tribuns, énoncée comme ci-dessus, est adressée par eux au Sénat, aux consuls et au ministre de la justice, qui est tenu de le publier sans délai.

Cette déclaration suffit également pour annuler l'acte ; mais le Sénat a le droit de convoquer extraordinairement le Corps législatif, pour y délibérer comme sur un projet de loi⁴³.

Art. 41. Le ministre de la justice qui refuserait ou négligerait de publier, dans le délai de trois jours, la déclaration des tribuns ; les ministres et agents qui publieraient ou exécuteraient l'acte du Sénat que cette déclaration annule, se rendraient coupables de crime d'État⁴⁴.

Art. 42. Les séances du Sénat, quel qu'en soit l'objet, sont, à son gré, ou secrètes ou publiques⁴⁵.

Titre III Du pouvoir législatif

~~41.~~ 43. Le C. législatif est composé de 700 membres distribués en 2 conseils, l'un de 200 l'autre de 500.

10 membres du Conseil des 500 sont élus par lui pour remplir durant 2 années les fonctions de Tribun⁴⁶.

~~42.~~ 44. Les ~~200~~ membres du C. lég. sont élus par les assemblées électorales de dpt conformément à un tableau de répartition qui ne peut éprouver aucun changement dur^t 10 années.

Par ces élections chaque conseil est renouvelé ~~tous~~ par 5^{ème} tous les 2 ans⁴⁷.

~~43.~~ 45. Le Conseil des 200 adopte ou rejette les projets de loi présentés ou par 3 tribuns, au nom dit Conseil des 500, ou par 3 conseillers d'État au nom des consuls⁴⁸.

~~44.~~ 46. ~~Aucune~~ L'initiative des projets de loi au sein du Conseil des 500 ne peut jamais être exercée que par un tribun parlant au nom de la majorité de ses collègues.

Aucun article additionnel, aucun amendem^t ou sous-amendement à un projet de loi ~~présenté au nom n~~ ne peut être mis aux voix au Conseil des 500, s'il n'a été adopté par la majorité des tribuns.

Aucune motion ou proposition relative à l'ordre de la délibération à la police & à l'administration intérieure du même Conseil des 500, n'y peut être faite que par le président, ou l'un des 4 secrétaires, ou l'un des 10 tribuns.

⁴³ Dans leur forme actuelle, les feuillets de Daunou ne contiennent plus cette disposition publiée par Taillandier en 1847 (*op. cit.*, p. 179).

⁴⁴ De la même manière, cette disposition n'est plus consultable dans les feuillets de Daunou. M.-A.-H. Taillandier, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁵ Cette disposition n'est plus consultable dans les feuillets de Daunou. M.-A.-H. Taillandier, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁶ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F102 verso.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F103 verso.

D'ailleurs tous les membres de ce conseil peuvent également prendre part à la discussion des projets de loi, [~~illisible~~] et [~~des~~] propositions quelconques⁴⁹.

~~45.~~ 47. Après la discussion d'un projet de loi, et lorsqu'il a été relu par un tribun, avec les additions & modifications adoptées par la majorité des tribuns, tous les membres du Conseil (les tribuns exceptés) sont appelés à voter au scrutin secret sur la question de savoir si le collège des tribuns ~~pourra~~ députera 3 de ses membres pour présenter ce projet au Conseil des 200⁵⁰.

~~46.~~ 48. S'il s'agit d'un projet de loi présenté au nom des consuls & communiqué par le Conseil des 200 à celui des 500, ce dernier conseil, après avoir entendu le rapport des tribuns & les opinions de ses divers membres (tribuns & autres) émet ~~au scrutin secret & à la m~~ comme ci-dessus, au scrutin secret un vœu pour ou contre le projet. 3 tribuns désignés à cet effet par le collège des tribuns sont chargés de porter ce vœu au sein des 200 et d'en exposer les motifs. Si néanmoins il ne se trouve pas 3 tribuns qui soient sur ce projet d'un avis conforme au vœu à porter, le nombre de 3 orateurs est formé ou complété par d'autres membres du Conseil des 500, choisis à cet effet par ce conseil, parmi ceux qui ont émis publiquement une opinion conforme au dit vœu⁵¹.

~~47.~~ 49. Le Conseil des 200, 20 jours après la communication qu'il a faite aux consuls d'un projet de loi à lui présenté au nom du Conseil des 500, ou au Conseil des 500 d'un projet présenté au nom des consuls, entend sur ce projet les 3 [~~illisible~~] ~~conseillers d'état, & les 3 tribuns [~~illisible~~] membres du qui viennent & orateurs des consuls & les 3 orateurs du Conseil des 500 qui viennent le combattre ou le défendre.~~

10 jours après la clôture de cette discussion, ~~il~~ le Conseil des 200 entend les opinions de ses propres membres & délibère enfin au scrutin secret pour ~~accepter~~ rejeter le projet ou le décréter comme loi de la République⁵².

~~48.~~ 50. Les délais prescrits par l'art. précéd^t ne peuvent être abrégés qu'en vertu d'un acte d'urgence proposé par les consuls & consenti expressém^t par le collège des tribuns⁵³.

~~49.~~ 51. ~~Toutes les séances de l'un & de l'autre Conseil sont publiques, Chaque conseil chaque conseil peut néanmoins se former en conseil général, mais il n'y peut, quand il le juge à propos, rendre une de ses secrète une de ses séances ; mais il ne peut prendre de délibération qu'en public~~⁵⁴.

~~50.~~ 52. Durant la ~~péri~~ session du Corps législ. laquelle est en chaque année de 6 mois consécutifs, le présid^t & les 4 secrétaires que chaque conseil se nomme pour deux mois, sont chargés des soins relatifs à ~~la police & l'administration intérieure et à la police du local.~~

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F104 verso.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F105 verso.

⁵³ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F106 verso.

⁵⁴ *Ibid.*

Durant les 6 mois de vacances les tribuns ~~sont~~ chargés de ces mêmes soins à l'égard du local de l'un et l'autre conseil, & ~~[illisible]~~ remplissent d'ailleurs ~~comme devant la fonction~~ les fonctions qui leur sont attribuées par les art. ~~32-38-61-63~~ 34, 40, 63, 65, de la P^{te} Const⁵⁵.

~~51.~~ 53. Les tribuns n'ont en aucun cas voix délibérative dans le Conseil des 500 : ils n'y peuvent être ni présidents ni secrétaires, mais il ne peut être formé au sein de ce conseil aucune autre commission que celle qu'ils composent⁵⁶.

~~52.~~ 54. ~~Jamais~~ Le Sénat, ~~ni~~ le Conseil des 200, ~~ni~~ celui des 500, ~~ni~~ le collège des tribuns n'envoient jamais de députations ni d'adresses aux consuls⁵⁷.

Titre IV Du pouvoir exécutif

~~53.~~ 55. Le pouvoir exécutif est confié à 3 consuls, nommés pour 10 ans. Le 1^{er}, quand ses fonctions expirent, devient nécessairem^t membre du Sénat. Le 2^d & le 3^e, s'ils ne sont pas réélus consuls, deviennent aussi sénateurs⁵⁸.

~~54.~~ 56. Lorsqu'il faut nommer un consul, le Conseil des 500 forme une liste de 3 candidats.

Il y procède d'abord par 3 scrutins individuels, & s'il en résulte majorité absolue pour 1, 2 ou 3 candidats, leur présentation s'ensuit.

Si ces 3 scrutins individuels n'ont donné la majorité à personne, ou ~~qu'à un seul~~ s'ils ne l'ont donnée qu'à un seul candidat ou qu'à 2 seulem^t ; les tribuns proposent pour chaque candidat qui reste à présenter, une liste de 3 ~~en~~ noms, entre lesquels le Conseil des 500 choisit⁵⁹.

~~55.~~ 57. Lorsque le Conseil des 500 a présenté ainsi 3 candidats, le Conseil des 200 élit entre eux ~~le~~ un Consul⁶⁰.

~~56.~~ 58. ~~Au~~ Le 1^{er} consul promulgue les lois ; il nomme et révoque à volonté les conseillers d'état, les ministres, les ambassadeurs, les officiers de l'armée de terre & de mer, les préfets, sous-préfets & maires, les commissaires près les tribunaux, ~~en un mot~~ tous les agens dont la loi attribue la nomination au pouvoir exécutif. Dans tous les autres actes du pouvoir exécutif, le 2^d et le 3^{eme} consul ont voix délibérative comme le premier⁶¹.

~~57.~~ 59. Le pouvoir exécutif dirige les recettes & les dépenses de l'État conformément à la loi annuelle qui détermine le montant des unes et des autres.

Il surveille la fabrication des monnaies dont la loi seule ordonne l'émission, fixe le titre, le poids & le type⁶².

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F107 verso.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F115 verso.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F116 verso.

⁶¹ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F118 verso.

⁶² Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F119 verso.

~~58.~~ 60. Il entretient des relations politiques au dehors, conduit les négociations, fait les stipulations préliminaires, signe, fait signer & conclut tous les traités de paix, d'alliance, de trêve, de neutralité ~~de convention~~ de commerce & autres conventions, qu'il adresse ensuite au Sénat pour être sanctionnés conformément à l'art. 33 ci-dessus⁶³.

~~59.~~ 61. Il pourvoit à la sûreté intérieure & à la défense extérieure de l'État, il distribue les forces de terre & de mer, & en règle la direction⁶⁴.

~~59-60.~~ 62. La garde nationale ~~a~~ en activité est soumise aux arrêtés des consuls ; la garde nationale [*illisible*] sédentaire n'est soumise qu'à la loi⁶⁵.

~~61.~~ 63. Si l'un des consuls prend le commandement d'une armée, il est ~~suspendu du~~ pendant toute la durée de ce commandem^t suspendu de ses fonctions consulaires & il y est remplacé temporairement par l'un des tribuns ~~nomme à cet effet par le Conseil des 200, ou et~~ [*illisible*] que ~~désigne~~ le nomme à cet effet le Conseil des 200 si le Corps législatif est en session, & le collège des tribuns si le Corps législatif est en vacances⁶⁶.

~~62.~~ 64. Si les consuls sont informés qu'il se trame quelque conspiration contre l'état, ils peuvent décerner des mandats d'amener & des mandats d'arrêt contre les personnes qui en sont présumées auteurs et complices : mais si, dans un délai de 10 jours après l'arrestation, elles ne sont pas mises en justice réglée, il y a de la part du ministre signataire du mandat d'arrêt, crime de détention arbitraire⁶⁷.

~~63.~~ 65. Tout mandat d'arrêt décerné en vertu de l'art précéd^t doit être ~~envoyé au coll~~ communiqué par le ministre au collège des Tribuns avant l'expiration du délai de 10 jours, & si le 15^e jour, la personne arrêtée n'est pas encore ~~mise en~~ traduite en justice réglée, tout tribun a le droit d'ordonner sa mise en liberté, & les geôliers, gardiens & autres agens qui n'exécutent pas cet ordre à l'instant même où il leur est signifié, se rendent coupables de crime de détention arbitraire⁶⁸.

66. Le nombre des conseillers d'État est fixé à vingt-cinq ; celui des ministres est de six au moins, de huit au plus⁶⁹.

~~64.~~ 67. Les fonctions des conseillers d'état sont de proposer aux consuls, & sur leur demande, la solution des difficultés qui s'élèvent en matière administrative, de rédiger ~~les~~ des projets d'arrêtés consulaires, & des projets de loi, de discuter les uns & les autres, & de porter la parole au nom des consuls devant le Corps législatif et devant le Sénat.

Un conseiller d'État ne peut être chargé d'aucune branche d'administration active, [*illisible*] ni générale, ~~ni locale~~ ni particulière spéciale, ni locale⁷⁰.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F120 verso.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F121 verso.

⁶⁷ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F122 verso.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F123 verso.

⁷⁰ *Ibid.*

68. Les ministres procurent l'exécution des lois et des arrêtés consulaires⁷¹.

69. Aucun acte ~~du gouvernement~~ du pouvoir exécutif ne peut avoir d'effet, s'il n'est signé par un ministre⁷².

70. Les comptes détaillés de la dépense de chaque ministre, & signés et certifiés par lui, sont rendus publics⁷³.

71. Il y a 10 questeurs dont 3 ~~seront~~ sont dépositaires du trésor public. Ils ne peuvent rien payer ou faire payer qu'en vertu 1° d'une loi & jusqu'à concurrence des fonds qu'elle a destinés à un genre de dépense, 2° d'un arrêté ~~du T~~ des consuls, 3° d'un mandat signé ~~par~~ par un ministre.

Les 7 autres questeurs composent une commission de comptabilité nationale chargée de vérifier les comptes des recettes & dépenses de la République.

Les 10 questeurs sont élus [*chacun*] pour 5 ans. ~~Ils sont nommés un à un par le Conseil des 200 entre trois candidats. Leur nomination se fait comme celle~~ élection se fait ~~comme celle des cons~~ d'ailleurs par le Corps législatif & dans les mêmes formes que celles des consuls. ~~Ci-dessous~~ ci-dessus, art. 56 & 57⁷⁴.

~~72.~~ 72. Les consuls & leurs agents ne doivent diriger l'instruction publique qu'en exécutant les lois qui la concernent.

Un Institut national est chargé de recueillir les découvertes, de travailler au perfectionnement des sciences mathématiques & physiques, des sciences morales & politiques, de la littérature & des arts⁷⁵.

73. L'administration ~~partieu~~ locale de chaque dpt est confiée à un préfet, celle de chaque dpt à un sous préfet, celle de chaque commune à un maire.

Ils sont chargés chacun dans leur ressort ~~de pr-def~~ d'exécuter & faire exécuter les lois & les arrêtés des consuls⁷⁶.

~~54.~~ 74. Les conseils de dpt & d'arrondissem^t s'assemblent chaque année pour recevoir respectivem^t les comptes des préfets & sous préfets, leur notifier les besoins & les réclamations des administrés, résoudre, au moins provisoirement les contestations en matière d'administration locale, & rédiger, selon qu'il y a lieu, des cahiers d'observations qu'ils adressent aux tribuns & aux consuls.

Le conseil de dpt répartit les contributions directes entre les arrondissem^t & les conseils d'arrondissemens les répartissent entre les communes⁷⁷.

75. Il y a dans chaque commune des conseillers municipaux nommés immédiatement par les citoyens de la commune. Ils reçoivent les comptes du maire, l'aident de leurs conseils, répartissent les impôts directs entre les contribuables ; & sont chargés ~~des result de tou~~ des recettes & des dépenses établies ~~pour les besoins particuliers~~ exclusivem^t pour les besoins particuliers de la commune⁷⁸.

⁷¹ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F124 verso.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F124 verso et F125 verso.

⁷⁵ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F126 verso.

⁷⁶ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F127 verso.

⁷⁷ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F128 verso.

⁷⁸ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F129 verso.

TITRE V

Des tribunaux

76. La justice civile est administrée

par des juges de paix établis en chaque arrondissement en un nombre que la loi détermine, & nommés immédiatement ainsi que leurs assesseurs par les citoyens leurs justiciables.

par des tribunaux de 1^{ère} instance dont chacun a pour ressort ~~un~~ trois arrondissem^t au moins.

par des tribunaux d'appel dont chacun a pour ressort 3 dpts

& par des tribunaux de commerce & dont la loi fixe le nombre, les attributions & l'organisation⁷⁹.

77. Il y a en chaque arrondissem^t plusieurs tribunaux de simple police, & un seul Tribunal de Police ~~correctionnel~~ correctionnelle ;

En chaque dpt un tribunal criminel

Et pour les [*illisible*] crimes d'état dont il sera parlé ci-après Tit VI un seul trib toute la République un ~~trib seul trib~~ tribunal national destiné à juger les crimes d'état dont il sera parlé ci-après au Titre VI⁸⁰.

~~60.~~ 78. En matière ~~criminelle~~ criminelle, un premier jury admet ou rejette l'accusation. Un second jury reconnaît le fait & les juges appliquent la peine. Leur jugement est sans appel⁸¹.

79. La liste des jurés d'accusation en chaque arrondissem^t se compose tous les ans

1° Des 40 citoyens les plus imposées

2° De 40 autres nommés par le conseil d'arrondissement

3° De 40 autres choisis par les juges composant le tribunal criminel du département^t

4° Enfin de 30 ~~désignés par le~~ citoyens ~~préfe de~~ âgés de 40 ans ~~en~~ au moins & désignés par le préfet⁸².

80. La liste des jurés de jugement en chaque dpt, se compose tous les ans

1° Des 50 citoyens les plus imposés ;

2° De 50 autres choisis par le conseil de département ;

3° De 50 autres nommés par le tribunal d'appel dans le ressort duquel le dpt se trouve compris

4° De 50 autres nommés par les professeurs composant l'école du ~~plus~~ degré le plus élevé dans le département

⁷⁹ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F136 *verso*.

⁸⁰ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F137 *verso*.

⁸¹ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F138 *verso*.

⁸² *Ibid.*

5° Enfin de 50 citoyens les plus âgés parmi ceux qui ~~exercent au~~ ont exercé dans le même département des fonctions administratives ou judiciaires⁸³.

81. La fonction d'accusateur public près un tribunal criminel est remplie par le commissaire du pouvoir exécutif⁸⁴.

82. Pour que l'acte qui ordonne l'arrestation d'une personne puisse être exécuté, il faut : 1° qu'il exprime formellement le motif de l'arrestation et la loi en exécution de laquelle il est ordonné ; 2° qu'il émane d'un fonctionnaire à qui la loi en ait donné formellement le pouvoir ; 3° qu'il soit notifié à la personne arrêtée, et qu'il lui en soit laissé copie⁸⁵.

83. Un gardien ou geôlier ne peut recevoir ou détenir aucune personne qu'après avoir transcrit sur son registre l'acte qui ordonne l'arrestation : cet acte doit être ou un mandat dans les formes prescrites par l'article précédent, ou une ordonnance de prise de corps, ou un décret d'accusation, ou un jugement⁸⁶.

84. Tout gardien ou geôlier est tenu, sans qu'aucun ordre puisse l'en dispenser, de représenter la personne détenue à l'officier civil ayant la police de la maison de détention, toutes les fois qu'il en sera requis par cet officier⁸⁷.

85. La représentation de la personne détenue ne pourra être refusée à ses parents et amis, porteurs de l'ordre de l'officier civil, lequel sera toujours tenu de l'accorder, à moins que le gardien ou geôlier ne représente une ordonnance du juge pour tenir la personne au secret⁸⁸.

86. Tous ceux qui, n'ayant point reçu de la loi le pouvoir de faire arrêter, donneront, signeront, exécuteront l'arrestation d'une personne quelconque ; tous ceux qui, même dans le cas de l'arrestation autorisée par la loi, recevront ou retiendront la personne arrêtée dans un lieu de détention non publiquement et légalement désigné comme tel, et tous les gardiens ou geôliers qui contreviendront aux dispositions des trois articles précédents, seront coupables du crime de détention arbitraire⁸⁹.

87. Toute rigueur employée dans les arrestations, détentions ou exécutions, autre que celle autorisée par les lois, est un crime⁹⁰.

⁸³ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F139 *verso*.

⁸⁴ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F140 *verso*.

⁸⁵ Dans leur forme actuelle, les feuillets de Daunou ne contiennent plus cette disposition publiée par Taillandier en 1847 (*op. cit.*, p. 186).

⁸⁶ De même, cet article n'est plus consultable dans les feuillets de Daunou. M.-A.-H. Taillandier, *op. cit.*, p. 186.

⁸⁷ Dans leur présentation formelle actuelle, les feuillets de Daunou ne contiennent plus cette rédaction recueillie en 1847. M.-A.-H. Taillandier, *op. cit.*, p. 186. Cet article se trouve probablement sur le verso du feuillet 151, qui est désormais collé et inaccessible. Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F151 *verso*.

⁸⁸ Article non consultable dans les feuillets de Daunou. Voir M.-A.-H. Taillandier, *op. cit.*, p. 186-187.

⁸⁹ Article non consultable dans les feuillets de Daunou. Rapp. M.-A.-H. Taillandier, *op. cit.*, p. 187.

⁹⁰ *Ibid.*

88. Les délits commis par les militaires incorporés dans la garde nationale en activité sont soumis à des tribunaux spéciaux & à des formes particulières de jugements⁹¹.

89. Il y a pour toute la République un tribunal de cassation, composé de 50 juges, qui prononce sur les demandes en cassation contre les jugements en dernier ressort rendus par les tribunaux, sur les demandes en renvois d'un tribunal à un autre, pour cause de suspicion légitime ou de sûreté publique, sur les prises à partie contre un tribunal entier⁹².

90. Le tribunal de cassation ne connaît point du fond des affaires mais il casse les jugements rendus sur des procédures dans lesquelles les formes ont été violées ou qui contiennent quelque contravention expresse à la loi, et il renvoie le fond du procès au tribunal qui doit en connaître⁹³.

91. Les juges de cassation sont inamovibles sauf la condamnation pour forfaiture. Sous la même réserve, les juges d'appel sont élus pour 25 ans, les membres des tribunaux criminels pour 20, les juges civils de 1^{ère} instance pour 15, les juges de paix & leurs assesseurs pour 10⁹⁴.

92. Les juges civils et criminels sont, pour les délits relatifs à leurs fonctions, poursuivis devant le tribunal auquel celui de cassation les renvoie après avoir annulé leurs actes⁹⁵.

93. Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État. En ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires⁹⁶.

~~Titre VI~~

~~De la responsabilité des fonctionnaires publics~~⁹⁷

~~74. Les juges civils... [illisible]~~⁹⁸.

~~75. Les agents du pouvoir exécutif autres que les ministres~~⁹⁹.

⁹¹ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F162 verso.

⁹² Article non consultable dans les feuillets de Daunou. Voir M.-A.-H. Taillandier, *op. cit.*, p. 187.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F142 verso.

⁹⁵ Article non consultable dans les feuillets de Daunou. Voir M.-A.-H. Taillandier, *op. cit.*, p. 187-188.

⁹⁶ Article non consultable dans les feuillets de Daunou. Rapp. M.-A.-H. Taillandier, *op. cit.*, p. 188.

⁹⁷ Ce titre est rayé dans les feuillets de Daunou. Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F173. Les articles contenus dans ce titre ne furent pas publiés par Taillandier en 1847. Une autre particularité de ceux-ci est qu'ils se trouvent rédigés d'une manière continue sur les *rectos* et les *versos* des feuillets.

⁹⁸ Article rayé et non achevé. Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F173.

⁹⁹ Disposition rayée et non achevée. *Ibid.*

~~76.~~ 94. P^r tout délit emportant peine afflictive ou infamantes, les sénateurs, législateurs, tribuns, consuls & conseillers d'état ne peuv^t être poursuivis qu'en conséquence d'une dénonciation portée au Conseil des 500¹⁰⁰.

95. Après avoir entendu le rapport des tribuns sur son rapport de leur part, si la dénonciation est intentée contre ou plusieurs d'entre eux, le conseil des 500 vote au scrutin secret s'il y a lieu à délibérer, & s'il déclare qu'il n'y a pas lieu, la dénonciation demeure sans effet & ne peut être jamais reproduite¹⁰¹.

96. Si le conseil des 500 déclare qu'il y a lieu à délibérer, il indique au dénoncé le jour où l'on entendra sa défense, [*illisible*] & après l'avoir entendu, ou sans l'entendre, si le dénoncé refuse de comparaître, il ouvre entre ses membres, y compris les tribuns, une discussion à laquelle le dénoncé peut assister, qu'il ne peut pas interrompre, mais après laquelle il est entendu de nouveau. Lorsqu'il a déclaré qu'il ne veut plus rien ajouter à sa défense le conseil délibère au scrutin secret, et si la dénonciation est déclarée digne d'examen, ~~le prévenu est mis~~ elle est transmise au conseil des 200¹⁰².

~~79.~~ 97. Le conseil des 200 Après avoir entendu 1° Un des prévenus Le prévenu. 2° Les opinions de [*illisible*] Le rapport d'une commission spéciale formée pour [*illisible*] le prévenu. Les tribuns & conseillers d'état qui se déclarent ses défenseurs soit en leur nom personnel, soit au nom du collège auquel ils appartiennent, 3° Les opinions des membres du conseil des 200 lui-même, 4° Le rapport d'une commission spéciale formée de membres du même conseil, 5° Enfin l'avis donné une nouvelle défense du prévenu prononcée ou par lui-même ou par un citoyen quelconque qu'il en aura chargé, Le conseil des 500 200, par une délibération au scrutin secret absous ou accuse ou absout le prévenu¹⁰³.

~~80.~~ 98. Si le délit n'est pas de la nature de ceux que le code pénal caractérise crime d'état, l'accusé est renvoyé au tribunal criminel de dpt¹⁰⁴.

99. Si le délit est crime d'état l'accusé est renvoyé à un tribunal national composé

de 5 juges choisis par le tribunal de cassation parmi ses membres.

de 24 jurés que l'accusé choisit dans une liste de 36 sénateurs formé de moitiés au sort, & moitié par voie d'élection dans le sénat

de 2 procureurs nationaux, qui 2 conseillers d'état nommé par le 1^e consul, si l'accusé est un Tribun, ou si la majorité du Tribunalat a ~~émis~~ pris collectivement ou individuellement de [*illisible*] deux tribuns nommés choisis en à cet effet par leurs collègues. A [*illisible*]

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F173 *recto* et *verso*.

¹⁰³ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F173 *verso*.

¹⁰⁴ *Ibid.*

~~Si néanmoins~~ Si néanmoins l'accusé est un tribun, ou si la majorité des tribuns a pris soit collectivement¹ soit individuellement¹ la défense de l'accusé, les 2 procureurs nationaux sont choisis par le 1^{er} consul entre les conseillers d'état¹⁰⁵.

~~89.~~ 92. 100. 101. Les sénateurs Les sénateurs, législateurs, tribuns et conseillers d'état ne peuvent jamais être recherchés pour les opinions que & leur vo qu'ils ont émises & pour les votes qu' dans l'exercice [*illisible*] constitutionnel de leurs fonctions.

Il en est de même à l'égard des sénateurs dans les cas prévus par l'art. 17 ci-dessous¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F173 *verso* et F174.

¹⁰⁶ Bib. Nat. Ms., NAF 21891, F174 *verso*.

Tableau de l'organisation sociale de la République Française

SÉNAT CONSERVATEUR

ARTICLE PREMIER. La Sénat est le dépositaire et le conservateur de la loi fondamentale de la République française.

II. Il est juge suprême de toutes les questions qui s'élèvent sur les droits politiques des citoyens et sur les listes d'éligibles.

III. Il décide irrévocablement de la légalité constitutionnelle de tous les actes des autorités constituées, s'ils lui sont dénoncés par les autorités compétentes.

IV. Il arrête la liste nationale des éligibles sur les listes départementales.

V. Il choisit sur cette liste les membres du Tribunat, ceux du Corps législatif, les Consuls, les Juges du Tribunal de cassation et les Commissaires de la Comptabilité.

VI. Les membres du Sénat Conservateur sont au nombre de quatre-vingts.

VII. Ils sont à vie.

VIII. Leurs fonctions sont incompatibles avec toute autre.

IX. Leur traitement est égal au vingtième de celui du premier Consul, et pris sur des domaines nationaux affectés à cet objet.

X. Le Sénat Conservateur nomme aux places vacantes dans son sein, sur une liste de trois candidats individuellement présentés par le Corps législatif, le Tribunat et le premier Consul.

XI. Il faut être âgé de quarante ans pour être membre du Sénat Conservateur.

XII. Les séances du Sénat ne sont pas publiques.

TRIBUNAT

ARTICLE PREMIER. Le Tribunat est composé de cent membres.

* Membre de la section de constitution de la Commission du Conseil des Cinq-Cents.

- II. Il discute dans son sein tous les objets d'utilité publique, et spécialement les projets de loi qui lui sont transmis.
- III. Il dénonce au Sénat Conservateur les lois inconstitutionnelles, les actes arbitraires des agens du Gouvernement, et les listes d'éligibles, lorsqu'elles n'ont pas été formées d'après le mode voulu par la loi.
- IV. Il reçoit toutes les pétitions individuelles, verbales ou écrites ; il les convertit en pétitions nationales, s'il le juge nécessaire.
- V. Il envoie des orateurs pour discuter les projets de loi devant le Corps législatif. Leur nombre ne peut excéder trois.
- VI. Il peut indiquer, par une déclaration, les lois qu'il lui paraîtroit utile de faire, ou celles qu'il croiroit convenable de rapporter. Cette déclaration n'a aucune suite nécessaire.
- VII. Il ne manifeste jamais son vœu sur les affaires civiles ou criminelles portées devant les tribunaux.
- VIII. Les Tribuns sont élus pour cinq ans, et renouvelés par cinquième chaque année.
- IX. Ils peuvent être réélus indéfiniment, tant qu'ils demeurent sur la liste nationale.
- X. Le traitement annuel d'un Tribun est de quinze mille francs.
- XI. Il faut être âgé de vingt-cinq ans pour être membre du Tribunal.
- XII. Le Tribunal s'ajourne. Dans ce cas il peut nommer une commission de dix à quinze de ses membres.
- XIII. Les séances du Tribunal sont publiques. Le nombre des assistants ne peut excéder deux cents.

CORPS LÉGISLATIF

- ARTICLE PREMIER. Le Corps législatif est composé de trois cents membres.
- II. Chaque département de la République a de droit un citoyen au Corps législatif.
 - III. Il transmet au Tribunal les projets de loi qui lui sont adressés par le Conseil d'État.
 - IV. Il les adopte ou les rejette au scrutin secret, et sans discussion, après avoir entendu les orateurs du Tribunal et ceux du Gouvernement.
 - V. Les membres du Corps législatif sont en fonctions pendant cinq ans, et renouvelés par cinquième chaque année.
 - VI. Ils ne peuvent être réélus qu'après l'intervalle d'un an ; mais ils peuvent immédiatement devenir membres du Tribunal.
 - VII. Le traitement annuel d'un membre du Corps législatif est de dix mille francs.
 - VIII. Il faut être âgé de trente ans pour être membre du Corps législatif.
 - IX. La session du Corps législatif commence, chaque année, le premier frimaire.
 - X. Le Corps législatif n'est assemblé que pendant quatre mois. Il peut être convoqué extraordinairement par le Gouvernement pendant les huit autres.

XI. Les séances sont publiques. Le nombre des assistans ne peut excéder deux cents.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

ARTICLE PREMIER. La loi est l'obligation imposée par la société à chacun de ses membres.

II. Le règlement est fait pour assurer l'exécution de la loi : il ne peut imposer d'obligation qui lui soit étrangère.

III. Les membres du Sénat Conservateur, ceux du Tribunat et du Corps législatif sont irresponsables dans l'exercice de leurs fonctions.

IV. Ils sont, pour des délits privés, justiciables des mêmes tribunaux que les autres citoyens ; mais il faut qu'une déclaration du corps dont ils font partie précède leur mise en jugement.

V. La police intérieure appartient respectivement à chacune de ces trois autorités.

DES LISTES D'ÉLIGIBLES

Liste nationale

ARTICLE PREMIER. Le mois de prairial de chaque année est consacré à la formation de la liste nationale des éligibles.

II. Les membres de la liste départementale choisissent parmi eux un citoyen sur dix, comme plus digne de confiance.

III. La liste résultant de cette opération est transmise de chaque département au Sénat Conservateur.

IV. De la réunion de ces listes se composent la liste nationale des éligibles du Peuple français.

V. Les éligibles de la liste nationale sont destinés à remplir toutes les grandes fonctions de la République.

VI. Ils y sont appelés par le Gouvernement et le Sénat-Conservateur respectivement.

Liste départementale

ARTICLE PREMIER. Le mois de floréal de chaque année est consacré à la formation de la liste départementale des éligibles.

II. Les membres de la liste communale choisissent parmi eux un citoyen sur dix, comme plus digne de confiance.

III. Le dépouillement de leurs votes se fait à l'administration des bureaux intermédiaires.

IV. Le résultat de cette opération produit la liste départementale des éligibles.

V. Les éligibles de la liste départementale remplissent toutes les fonctions administratives et judiciaires dans l'étendue du département qui les a choisis.

VI. Ils sont appelés aux fonctions publiques par le Gouvernement.

Liste communale

ARTICLE PREMIER. Le mois de germinal de chaque année est consacré aux élections des citoyens.

II. Ils votent dans les quartiers de la commune de leur domicile, et choisissent parmi eux un citoyen sur dix, comme plus digne de leur confiance.

III. Cette opération se fait sous la surveillance d'un administrateur de la commune.

IV. Les scrutins de tous les quartiers sont recensés et dépouillés à l'administration de la commune.

V. Leur produit donne la liste communale des éligibles.

VI. Les éligibles de la liste communale remplissent toutes les fonctions administratives et judiciaires dans l'étendue de la commune qui les a choisis.

VII. Ils sont appelés aux fonctions publiques par le Gouvernement.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

ARTICLE PREMIER. Les citoyens procèdent tous les trois ans au remplacement des éligibles décédés ou absents pour toute autre cause que l'exercice d'une fonction publique.

II. Les citoyens peuvent en même-temps retirer des listes les inscrits qui ont perdu leur confiance.

III. Une majorité absolue peut seule retirer un citoyen d'une liste.

IV. L'exclusion expresse de telle ou telle liste peut seule empêcher d'y être maintenu.

V. La constitution et la loi déterminent les fonctions publiques qui exigent l'inscription sur une liste d'éligibles.

ÉTAT POLITIQUE DES CITOYENS.

ARTICLE PREMIER. La souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français.

II. Sont citoyens français tous ceux qui, nés en France ou en pays étranger d'un père français, sont âgés de vingt-un ans accomplis. Les naturalisations antérieures sont maintenues.

III. Un étranger devient citoyen français, lorsqu'après avoir atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il y a résidé pendant dix années consécutives.

IV. Les citoyens français peuvent seuls déléguer l'exercice de la souveraineté, suivant le mode déterminé par la loi fondamentale.

V. L'exercice des droits de citoyen se perd, 1°. par l'état de domesticité auprès d'un étranger ; 2°. par la naturalisation en pays étranger ; 3°. par l'affiliation à toute corporation étrangère qui supposerait des distinctions de naissance, ou qui exigeroit des vœux de religion ; par l'acceptation de fonctions ou pensions offertes par un gouvernement étranger ; par la condamnation à des peines afflictives ou infamantes, jusqu'à la réhabilitation.

VI. L'exercice des droits de citoyen est suspendu, 1^o. par l'interdiction judiciaire pour cause de démence, de fureur ou d'imbécillité ; 2^o. par l'état de débiteur failli, ou d'héritier immédiat, détenteur à titre gratuit de tout ou partie de la succession d'un failli ; 3^o. par l'état de domestique à gages, attaché au service de la personne ou de ménage ; 4^o. par l'état d'accusation ; 5^o. par un jugement de contumace, tant que le jugement n'est pas anéanti.

VII. L'exercice des droits de citoyen n'est perdu ni suspendu que dans les cas exprimés dans les deux articles précédents.

DIVISION DU TERRITOIRE

ARTICLE PREMIER. Le territoire européen de la République est distribué en départements.

II. Chaque département est distribué en grandes communes.

III. Chaque commune est distribuée en quartiers.

PREMIER CONSUL

ARTICLE PREMIER. Le premier Consul promulgue la loi dans les dix jours de son émission, si elle est revêtue des formes constitutionnelles.

II. En cas de doute, il la transmet au Sénat Conservateur, qui juge seul et irrévocablement la constitutionnalité.

III. Ce recours n'a pas lieu pour les lois promulguées.

IV. Le premier Consul fait exécuter toutes les lois selon les formes et par les agents établis par la loi fondamentale.

V. Il nomme, sur les trois listes d'éligibles, tous les agents du pouvoir exécutif intérieurs et extérieurs ; il les révoque à son gré.

VI. Il nomme à vie, et toujours sur les listes d'éligibles, tous les membres de l'ordre judiciaire, excepté les membres du tribunal de cassation et les juges-de-paix.

VII. Il dirige les recettes et les dépenses de l'État, conformément à la loi annuelle qui détermine les unes et les autres.

VIII. Il surveille la fabrication des monnaies, dont la loi seule ordonne l'émission, fixe le titre, le poids et le type.

IX. Le premier Consul pourvoit à la sûreté intérieure et la défense extérieure de l'État.

X. Il distribue les forces de terre et de mer ; il en règle la direction.

XI. Il traite avec les puissances étrangères, déclare la guerre et fait les traités de paix ; ces actes sont soumis à la ratification, dans les mêmes formes que la loi.

XII. Sur la demande du premier Consul, les discussions et délibérations, sur ces actes, se font en secret, dans le Tribunat et dans le Corps législatif.

XIII. Les articles secrets d'un traité ne peuvent être destructifs des patents.

XIV. Le premier Consul peut décerner des mandats d'amener et des mandats d'arrêt contre les personnes présumées auteurs ou complices d'une conspiration contre l'État.

XV. Dans le délai de dix jours, les citoyens arrêtés sont mis en liberté ou en justice réglée.

XVI. Après l'expiration de ce délai, et hors des deux cas précédents, le Ministre signataire du mandat est coupable de détention arbitraire.

XVII. La garde nationale en activité est soumise aux réglemens d'administration publique.

XVIII. La garde nationale sédentaire n'est soumise qu'à la loi.

XIX. Le premier Consul est nommé pour dix ans.

XX. Il est irrévocable et irresponsable ; il représente la majesté nationale ; il a un palais et une garde.

XXI. Le traitement du premier Consul est, en temps de guerre, de 500,000 francs ; il peut être augmenté à la paix.

XXII. Il peut être réélu indéfiniment.

XXIII. Le premier Consul, cessant ses fonctions, entre de droit et nécessairement au Sénat conservateur.

SECOND CONSUL

ARTICLE PREMIER. Le second Consul a voix consultative dans tous les actes du gouvernement.

II. Sa présence ou celle de son collègue est nécessaire pour les valider.

III. Il signe le registre de ces actes pour constater sa présence.

IV. Il peut consigner son opinion sur ce registre ; après quoi, la décision du premier Consul suffit.

V. En l'absence du premier Consul, il préside le Conseil d'État ; en cas de mort ou de démission, il le supplée dans toutes les fonctions du gouvernement jusqu'à ce qu'il soit remplacé.

VI. Il est nommé pour dix ans ; il est révocable et irresponsable.

VII. Il est logé dans un palais national, et a une garde.

VIII. Son traitement est toujours égal aux trois dixièmes de celui du premier Consul.

TROISIÈME CONSUL

ARTICLE PREMIER. Le troisième Consul a voix consultative dans tous les actes du gouvernement.

II. Sa présence ou celle de son collègue est nécessaire pour les valider.

III. Il signe le registre de ces actes pour constater sa présence.

IV. Il peut consigner son opinion sur ce registre ; après quoi, la décision du premier Consul suffit.

V. Il est nommé pour dix ans ; il est révocable et irresponsable.

VI. Il a un palais et une garde.

VII. Son traitement est toujours égal aux trois dixièmes de celui du premier Consul.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

ARTICLE PREMIER. Chacun des Consuls est élu avec la qualité distincte de premier, de second et de troisième Consul.

II. Le second et le troisième Consuls sortant de fonctions, prennent place au Sénat Conservateur.

III. Ils ne sont pas forcés d'user de ce droit.

IV. Ils ne l'ont pas s'ils quittent les fonctions consulaires par démission.

CONSEIL D'ÉTAT

ARTICLE PREMIER. Le premier Consul nomme les membres du Conseil d'État, et les révoque à son gré.

II. Nul ne peut être élu ou conservé membre du Conseil d'État s'il n'est inscrit et maintenu sur la liste nationale.

III. Le Conseil d'État adresse au Corps législatif tous les projets de loi, il les discute devant lui par ses orateurs.

IV. Le Conseil d'État ne peut jamais envoyer plus de trois orateurs pour la défense d'un même projet de loi.

V. Il fait tous les réglemens que nécessitent les lois, et juge toutes les difficultés que leur exécution fait naître.

VI. Les Ministres sont admis dans le Conseil d'État.

VII. Le Conseil d'État seul, peut autoriser la poursuite des agens du Gouvernement, autres que les Ministres, pour des faits relatifs à leurs fonctions.

VIII. En ce cas, les agens du Gouvernement sont poursuivis devant les tribunaux ordinaires.

MINISTRES

ARTICLE PREMIER. Les Ministres sont les premiers agens d'exécution.

II. Ils correspondent avec les Préfets Généraux et les Administrations des bureaux intermédiaires ; ils leur transmettent toutes les lois, arrêtés, réglemens ; ils veillent à leur exécution.

III. Le premier Consul nomme les Ministres, il peut les révoquer.

IV. Nul ne peut être élu ou conservé Ministre, s'il n'est inscrit et maintenu sur la liste nationale des éligibles.

V. Aucun acte du Gouvernement ne peut être exécuté que revêtu de la signature d'un Ministre.

VI. Les Ministres sont responsables de tous les actes arbitraires auxquels ils prendroient part.

VII. Ils sont pour lesdits actes accusés par le Corps législatif, et jugés par la Haute Cour Nationale.

VIII. L'un des Ministres est spécialement chargé de l'administration du trésor public ; il assure les recettes, ordonne les mouvemens de fonds et les paiements autorisés par la loi.

IX. Ce Ministre ne peut rien payer qu'en vertu, 1^o d'une loi, 2^o d'un arrêté du Gouvernement, 3^o d'un mandat signé par un Ministre.

X. Les Ministres ont voix au Conseil d'État.

XI. Chaque Ministre publie ses comptes, détaillés signés et certifiés par lui.

XII. Le traitement des Ministres est pris sur les revenus annuels de la République.

ADMINISTRATION

Préfets généraux

ARTICLE PREMIER. Les Préfets généraux du Gouvernement sont nommés par le premier Consul sur la liste des éligibles du département.

II. Ils reçoivent des Ministres et transmettent aux Préfets des communes les lois, arrêtés et réglemens : ils en surveillent l'exécution.

Administration des Bureaux intermédiaires

ARTICLE PREMIER. Elles sont composées de trois membres choisis par le premier Consul sur la liste des éligibles du département.

II. Elles répartissent les contributions entre les communes.

III. Elles surveillent, de concert avec le Préfet général, les administrations des communes.

Préfets

ARTICLE PREMIER. Ils sont nommés par le premier Consul sur la liste des éligibles de la commune.

II. Ils reçoivent du Préfet général du département tous les actes des autorités constituées, et sont chargés de les faire exécuter.

Administration des communes

ARTICLE PREMIER. Elles sont composées de trois membres pris sur la liste des éligibles de la commune.

II. Elles répartissent ou font répartir les contributions entre tous les citoyens, et administrent la commune de concert avec le Préfet.

III. Elles veillent essentiellement à la sûreté publique et au maintien des droits de chacun des membres de la commune.

IV. Elles surveillent la rentrée des contributions, l'acquittement des charges locales et leur emploi.

ORDRE JUDICIAIRE

Tribunal de cassation

ARTICLE PREMIER. Le tribunal de cassation est pour toute la République.

II. Il est conservateur des formes judiciaires.

III. Il ne connaît que des formes des jugemens, et jamais du fond.

IV. Ses membres sont à vie, et nommés par le Sénat Conservateur sur la liste nationale des éligibles.

V. Ils sont au nombre de soixante.

VI. Ils jouissent du même traitement que les membres du Corps législatif.

[ORDRE JUDICIAIRE]

CIVIL

JUSTICE VOLONTAIRE

Arbitres

Ils sont nommés par les parties, et jugent d'après les pouvoirs qu'ils ont reçus d'elles.

Juges-de-Paix

ARTICLE PREMIER. Ils sont élus par le peuple de la même manière que les éligibles des communes.

II. Ils sont nommés pour trois ans, et peuvent être réélus indéfiniment.

III. Ils cherchent à concilier les parties, et forment le premier degré de l'ordre judiciaire.

IV. Il y a un juge-de-paix par quartier.

[ORDRE JUDICIAIRE]

[CIVIL]

JUSTICE RÉGULIÈRE

Tribunaux d'Appel

ARTICLE PREMIER. Ces tribunaux sont égaux en nombre aux Bureaux intermédiaires, et placés dans les mêmes lieux.

II. Ils sont composés de quinze membres et d'un Commissaire du Gouvernement.

III. Ils sont à vie, et choisis par le premier Consul sur la liste des éligibles du département.

IV. La loi détermine leur organisation particulière et leurs fonctions.

Tribunaux de première instance

ARTICLE PREMIER. Chaque commune a un Tribunal de première instance.

II. Ce Tribunal est composé de trois Juges, dont l'un le préside, et d'un Commissaire du Gouvernement.

III. Les Juges sont à vie, et nommés par le premier Consul sur la liste des éligibles de la commune.

IV. La loi détermine leurs fonctions et leur compétence.

CRIMINEL

Haute-cour nationale

ARTICLE PREMIER. Elle est composée de Juges et de Jurys.

II. Les Juges sont pris par le Tribunal de Cassation dans son propre sein ; les Jurys, sur la liste nationale.

III. La Haute-Cour nationale juge le Ministres, et les autres grands fonctionnaires dans l'ordre exécutif.

IV. Ses jugemens sont sans appel, et sans recours en cassation.

V. La loi détermine l'organisation et les attributions de la Haute-Cour nationale.

Tribunaux criminels

ARTICLE PREMIER. Les Tribunaux criminels sont égaux en nombre aux tribunaux d'appel, et placés dans les mêmes lieux.

II. Ils sont composés d'un président, d'un citoyen représentant la partie publique, et de cinq Juges.

III. Dans toute affaire criminelle, il y a deux Jurys : l'un, d'accusation, pris sur la liste communale des éligibles ; l'autre, de jugement, pris sur la liste départementale.

IV. Les Juges appliquent la peine ; leur jugement est sans appel.

V. La loi détermine le placement et l'organisation des tribunaux criminels.

Tribunaux correctionnels

ARTICLE PREMIER. Les Tribunaux civils de première instance le sont aussi de police correctionnelle.

II. Le président fait les fonctions de directeur de Jury.

III. Un citoyen représente la Partie publique.

Le projet de loi constitutionnelle

Thiers-Dufaure du 19 mai 1873

Jean-Félix de Bujadoux

Le projet Thiers-Dufaure du 19 mai 1873

Un exemple inachevé de syncrétisme constitutionnel

Le projet de Thiers était, en effet, d'un vif intérêt. Il semble bien que la France était alors fort malléable, indifféremment conservatrice, césarienne ou républicaine au sens où ce mot est aujourd'hui reçu. [...] si nous lisons ces lois constitutionnelles que Thiers propose à l'Assemblée, nous découvrons les perspectives d'une République fort différente de la nôtre, et dont l'essai eût sans doute profondément changé nos risques et nos chances¹.

Daniel Halévy, *La fin des notables*, 1930

La présentation et l'étude du projet de loi sur l'organisation des pouvoirs publics, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 19 mai 1873 par le Président de la République Adolphe Thiers et le Garde des Sceaux Jules Dufaure², offrent un véritable intérêt du point de vue de la théorie et de la généalogie constitutionnelles, même si ce projet n'a pas été discuté par l'Assemblée nationale, du fait de la démission de Thiers le 24 mai, et qu'il a peu influencé, en définitive, les lois constitutionnelles de 1875³.

Ce projet de loi constitutionnelle, préparé par le gouvernement en place – situation assez rare dans l'histoire de notre pays où la préparation des constitutions républicaines a été généralement renvoyée, avant 1958, à des assemblées constituantes –, porte la marque de la doctrine constitutionnelle des républicains libéraux-conservateurs à un moment charnière, entre le souvenir du modèle institutionnel adopté en 1848 et la perspective du compromis qui sera passé en 1875 autour

¹ D. HALÉVY, *La fin des notables*, Paris, Hachette, 1995 [1930], p. 186-187.

² Proche de Thiers, Jules Dufaure est un politique expérimenté, ancien ministre de la monarchie de juillet. Député de l'Assemblée constituante de 1848, il a siégé, à côté de Tocqueville, au sein de la commission chargée de préparer la future Constitution du 4 novembre 1848. Il est Garde des Sceaux depuis le 19 février 1871. Il sera président du Conseil à deux reprises en 1876 et en 1877-1879.

³ Adhémar Esmein prend le parti de les comparer sur plusieurs points : « Le 19 mai 1873, M. Dufaure vint déposer [...] un projet de Constitution républicaine en quinze articles sur lequel j'aurai l'occasion de revenir souvent, en le comparant aux lois constitutionnelles votées en 1875 » (A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^e éd, Paris, Sirey, 1914. Réédition : A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Éditions Panthéon-Assas, 2001, p. 618).

de l'établissement d'une république parlementaire. Surtout, ce projet Thiers-Dufaure fait œuvre de syncrétisme, comme rarement dans l'histoire constitutionnelle française, en combinant régime parlementaire et gouvernement présidentiel, en superposant trois formes différentes de responsabilité politique : présidentielle, ministérielle à titre collectif et ministérielle à titre individuel au sein d'un régime constitutionnel hybride.

En effet, l'exposé des motifs⁴ du projet rédigé par un proche de longue date de Thiers, le ministre des Affaires étrangères Charles de Rémusat⁵ part, pour mieux la surmonter, d'une classification théorique distinguant le modèle parlementaire de la monarchie constitutionnelle et celui de la monarchie de juillet ou de la monarchie britannique d'une part et, d'autre part, le modèle présidentiel d'une République moderne, celui de la Constitution de 1848 ou de la République américaine. Sur la question du pouvoir exécutif et de ses rapports avec le pouvoir législatif, tout en dessinant la figure, empruntée à la Constitution de 1848, d'un « magistrat unique dont l'origine soit élective, la responsabilité réelle et la mission temporaire⁶ », Rémusat considère cependant que

les conditions du régime parlementaire [sont] entrées dans nos mœurs à ce point où nous [sommes] obligés de les transporter dans la République bien plus assurément que ne l'admet l'Amérique [...] modèle des institutions républicaines dans les temps modernes.

Ainsi, en sus de l'initiative législative partagée entre le Président et les assemblées, Rémusat admet-il la nécessité « de la présence des ministres et quelques fois du Président de la République dans les Chambres qui peuvent forcément devenir une arène où l'on se dispute le pouvoir », aussi bien qu'il reconnaît aux assemblées le pouvoir de « mettre en question l'existence même du Gouvernement ». Mais, à côté d'agencements plaçant l'exécutif sous le contrôle des assemblées, le projet du 19 mai 1873 propose également d'emprunter au modèle de la monarchie constitutionnelle les mécanismes de la dissolution afin de porter « remède » à l'excitation des « passions » au sein des assemblées, à la « résistance systématique », voire aux « agressions acharnées » contre l'exécutif auxquelles elles pourraient se livrer.

Davantage qu'une difficulté potentielle de Thiers et de ses partisans à choisir entre république présidentielle et république parlementaire, cette aspiration à combiner ensemble plusieurs modèles constitutionnels renvoie, de manière assumée dans l'exposé des motifs du projet du 19 mai 1873, à la volonté d'établir le régime qui correspondrait le mieux aux « nécessités qui pèsent sur un vieux et important pays, [...] celles [...] qui dérivent de sa position géographique », et à l'état politique présent de la France, tout en tirant les leçons de son histoire constitutionnelle depuis la Révolution.

Au début de la décennie de 1870 déjà, dans les débats sur les institutions nécessaires pour la France, des républicains libéraux-conservateurs, députés du Centre-

⁴ Ch. DE RÉMUSAT, *Mémoires de ma vie*, t. V, Paris, Plon, 1967, p. 462.

⁵ Intime de Thiers, Charles de Rémusat a été député, puis ministre sous la monarchie de juillet, puis à nouveau député sous la II^e République. Il est ministre des Affaires étrangères depuis août 1871.

⁶ Exposé des motifs, reproduit *infra*, du projet de loi Thiers-Dufaure sur l'organisation des pouvoirs publics déposé le 19 mai 1873. Les citations qui suivent, non référencées, sont issues de ce texte.

Gauche thiériste, tels Edouard de Laboulaye ou Ernest Duvergier de Hauranne⁷, avaient réfléchi à des architectures institutionnelles mettant l'accent sur le syncrétisme constitutionnel nécessaire.

Partisan ancien d'une « République constitutionnelle⁸ » qui s'inspirerait du modèle américain et associerait « deux Chambres [et] un pouvoir exécutif indépendant et responsable⁹ », Laboulaye s'interroge néanmoins :

Comment, écrit-il en 1872, concilier l'indépendance d'un Président responsable avec les habitudes parlementaires de la France. C'est là une difficulté qui se présentera prochainement et que personne n'a encore examinée, question des plus délicates, qui pour moi n'est pas résolue¹⁰.

En présentant un projet constitutionnel proche de celui du 19 mai 1873 dans ses grands équilibres, Ernest Duvergier de Hauranne souligne pour sa part :

Nous n'avons voulu copier, ni la république fédérative, pratiquée chez des peuples dont l'État social est différent du nôtre, ni la monarchie parlementaire, désormais impossible en France. Nous avons seulement essayé de traduire en faits et en lois les simples règles de bon sens, les enseignements les plus évidents de l'histoire, et surtout les leçons de l'expérience contemporaine, combinées avec les habitudes et les besoins de la société françaises [...] Si l'on veut du parlementarisme dans la république, et l'on n'a pas tort d'en vouloir, il ne faut pas avoir la prétention de ressusciter sous un autre nom la monarchie constitutionnelle. Il faut savoir adapter ce régime à la forme républicaine, et ne pas tenir les yeux obstinément fixés sur les doctrines et sur les exemples d'une forme de gouvernement qui n'est plus¹¹.

Avant de restituer dans son intégralité son exposé des motifs et ses dispositions, il semble utile de présenter le contexte dans lequel a été préparé le projet Thiers-Dufaure, la conception de l'équilibre des pouvoirs qu'il porte et sa postérité.

LE CONTEXTE DE LA PRÉPARATION DU PROJET THIERS-DUFAURE

Dans ses principales dispositions, l'architecture générale du projet du 19 mai 1873 renvoie assez largement à la pratique présidentielle de Thiers, à la tête du pouvoir exécutif depuis février 1871, et à ses relations avec l'Assemblée nationale.

Le principat de M. Thiers

Le 17 février 1871, Thiers élu député dans 26 départements par plus de 2 millions des suffrages et riche de son expérience d'homme d'État, avait été porté à la tête du gouvernement provisoire par l'Assemblée nationale élue le 8 février précédent. Le décret du 17 février 1871, la loi Rivet du 31 août 1871 et la loi de Broglie

⁷ Il est le fils du député thieriste de la monarchie de juillet Prosper Duvergier de Hauranne, auteur d'une célèbre *Histoire du Gouvernement parlementaire en France*.

⁸ E. DE LABOULAYE, *La République constitutionnelle*, Paris, Charpentier et Cie, 1871, p. 9.

⁹ *Ibid.*, p. 10.

¹⁰ Cité par J. DE SOTO, « Edouard de Laboulaye », *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, avril-juin 1955, p. 150.

¹¹ E. DUVERGIER DE HAURANNE, *La République conservatrice*, Paris, Germer-Baillière, 1873, p. 285-286.

du 13 mars 1873 fixèrent successivement le cadre juridique dans lequel il a assumé le pouvoir suprême, jusqu'à sa démission le 24 mai 1873.

Le décret du 17 février 1871 avait fait de M. Thiers un « Chef du pouvoir exécutif de la République française », exerçant ses fonctions sous l'autorité de l'Assemblée nationale, avec le concours des ministres qu'il aura choisis et qu'il présidera ». C'est assez précisément le dispositif retenu en 1848 pour le général Cavaignac. La loi Rivet du 31 août 1871 devait élever Thiers au titre de « Président de la République française » continuant à exercer ses fonctions sous l'autorité de l'Assemblée nationale tant qu'elle n'aura pas terminé ses travaux (article 1^{er}). Ce président est responsable devant l'Assemblée (article 3). Dans le même temps, les ministres qu'il nomme et qu'il révoque sont eux-mêmes responsables devant l'Assemblée, chacun des actes du président devant, par ailleurs, être contresigné par un ministre (article 2).

Avec cette loi Rivet du 31 août 1871, considérée comme un « exemple d'absurdité constitutionnelle¹² », taillée sur mesure pour un homme, « Thiers devient président de la République, en restant chef du gouvernement et député à la fois¹³ ». La loi Rivet aurait pu permettre un « dédoublement de l'exécutif¹⁴ », conduisant les ministres responsables devant l'Assemblée à « déterminer et conduire une politique propre¹⁵ » en s'appuyant sur la majorité parlementaire. Dans la pratique, il n'en a rien été. Pendant deux années, « Thiers continua de dominer l'Assemblée, avec le concours de ministres maintenus dans son ombre et sous son autorité politique¹⁶ », tandis que, souligne Esmein, « la responsabilité complète et politique du Président de la République faisait disparaître celle des ministres¹⁷ ».

C'est bien un véritable gouvernement présidentiel, en effet, qui s'est déployé jusqu'au 24 mai 1873. À l'instar du Premier Consul dont il avait été l'historien laudateur¹⁸, Thiers exerça une influence tout à fait prépondérante sur les affaires gouvernementales. Jules Simon, ministre de l'Instruction publique de 1871 à 1873, en a clairement porté témoignage :

M. Thiers se mêlait de tout. C'était un spectacle curieux de voir comment il s'occupait des plus petits détails sans s'y égarer et en conservant toujours son esprit libre pour les grandes affaires et les vues d'ensemble. [...] Toutes les dépêches passaient sous ses yeux. Il voulait savoir, minute par minute, l'état de la France, celui de l'Europe, toutes nos relations avec le chancelier de l'Empire et avec le moindre général des corps d'occupation. [...] Il avait tous les jours des conférences avec le ministre de l'Intérieur, le ministre des Finances. Il faisait venir le gouverneur de la Banque, les grands financiers. [...] Il suffisait à tout grâce à sa

¹² J.-P. MACHELON, « Un exemple d'absurdité constitutionnelle : la loi du 31 août 1871 "portant que le chef du pouvoir exécutif prendra le titre de président de la République française" », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2000.

¹³ *Ibid.*, p. 122.

¹⁴ *Ibid.*, p. 134.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 135.

¹⁷ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 783. Esmein ajoute : « M. Thiers tenait beaucoup à cette forme, et c'était celle qui était contenu dans le projet de loi déposé par M. Dufaure le 19 mai 1873 ».

¹⁸ A. THIERS, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, 20 t., 1845-1862.

force de volonté et à l'extrême lucidité de son esprit. Il semblait être tout entier dans l'affaire présente. [...] Il était quelquefois singulier de voir les ministres affairés ou accablés, tandis que le président, qui portait les fardeaux de tout le monde, était dispos et allègre¹⁹.

En effet, M. Thiers tenait la bride courte à ses principaux ministres :

Représentant éminent de la nation, il entendait en exercer toutes les prérogatives : il dirigeait les préfets, les recevait, les déplaçait ; quant à ses ministres, il en disposait à sa guise et, à l'occasion, n'hésitait pas à usurper leur signature. Francis Charmes dans ses « Études historiques », rapporte des déclarations de Thiers tout à fait catégorique sur ce point : il admettait, par exemple, que certains ministères fussent dirigés librement par leurs titulaires, mais il voulait que la diplomatie, l'armée, les finances soient dirigées par un seul homme compétent dans toutes ces matières, qui devait être un « régulateur unique »... « Autrement, disait-il, il y aura des ministres, des commis, mais il n'y aura pas de Gouvernement. Il faut qu'il y ait un homme qui voit tout, qui sache tout et qui, à son tour, éclaire tout. Cette attention, cette action vigilante et continuelle sont la vie des hommes faits pour gouverner ; les autres feraient bien de ne pas s'en mêler²⁰ »²¹.

Au regard du choix des ministres, le gouvernement de M. Thiers n'était pas un gouvernement parlementaire²². « Se plaçant au-dessus des partis, (Thiers) n'avait pas composé son cabinet à l'image de la majorité et se contentait de majorités de rechange²³ ». Ainsi, en deux ans, M. Thiers usa près de vingt-cinq ministres et sous-secrétaires d'État issus aussi bien des rangs des républicains modérés que des monarchistes, ministres retenus d'abord pour leur compétence personnelle. Néanmoins, la nomination ou la démission de ces ministres pouvaient aussi refléter des considérations davantage liées aux fluctuations de la conjoncture parlementaire. Ainsi, à plusieurs reprises, Thiers fut-il parfois obligé de sacrifier certains de ses ministres pour apaiser les tensions avec la majorité parlementaire, tel Victor Le-franc, ministre de l'Intérieur, contraint à la démission le 30 novembre 1872, après le vote par l'Assemblée nationale d'un ordre du jour reprochant au ministre de ne pas s'opposer suffisamment aux menées publiques des républicains. La responsabilité individuelle des ministres devant l'Assemblée nationale, inscrite dans la loi Rivet, continuait à jouer, malgré la force prise par la responsabilité présidentielle.

¹⁹ J. SIMON, *Le Gouvernement de M. Thiers*, II, Paris, Calmann-Lévy, 1880, p. 240 *sqq.*

²⁰ F. CHARMES, *Études historiques et diplomatiques*, Paris, Hachette, 1893, p. 332-333.

²¹ J. GATULLE, *Du rôle effectif du chef de l'État sous la Troisième République*, thèse en droit, Faculté de Droit de Paris, 1959, p. 62-63.

²² Le 24 juillet 1871, Rémusat écrivait à Thiers : « Nous sommes en République et la République n'est pas le gouvernement parlementaire. Les ministres n'ayant pas la même importance, la Chambre y étant le pouvoir unique, ils ne représentent pas auprès d'elle un pouvoir qui partage avec elle l'autorité législative. Ils ne sont pas obligés de la gouverner, de la ramener en toutes choses à leur avis. C'est à ce point qu'ils peuvent lui être étrangers comme en Amérique où ils ne sont pas admis. Le chef du pouvoir exécutif lui-même ne doit intervenir que dans les questions qui intéressent la sûreté de l'État, la possibilité de gouverner » (cité par L. GIRARD, « Une constitution mort-née : le projet de loi sur les pouvoirs publics de mai 1873 », in *Études européennes, Mélanges offerts à V-L Tapié*, Paris, Publications de La Sorbonne, 1975, p. 534).

²³ *Ibid.*

C'est que, à ce moment, la dictature de la persuasion exercée depuis près de deux ans par Thiers sur l'Assemblée touchait à sa fin. Jusqu'alors à chaque opposition sur des questions de fond avec l'Assemblée, réorganisation militaire, décentralisation ou politique financière, Thiers avait réussi « à faire triompher son point de vue en jouant de sa démission, qui [était] impossible tant que le territoire n'est pas libéré²⁴ »²⁵. Au début de 1873, le « jeu des fausses sorties et des démissions reprises²⁶ » avait fini par lasser les députés monarchistes de la majorité, *a fortiori* après que Thiers a pris position en faveur de l'établissement définitif de la République, le 13 novembre 1872, à la tribune de l'Assemblée nationale, enjoignant aux députés de la majorité, divisés entre légitimistes et orléanistes, de se rallier à une République conservatrice.

La loi de Broglie du 13 mars 1873

Afin de préparer une réponse au message présidentiel du 13 novembre, l'Assemblée nomma une commission de quinze membres qui, au lieu de remplir cette tâche, proposa aux députés de préparer un projet de loi sur la responsabilité ministérielle. L'objectif prioritaire des monarchistes était, en effet, de faire de Thiers un chef de l'État irresponsable, en limitant la responsabilité du pouvoir exécutif à la seule responsabilité ministérielle et en obligeant le Président à prendre les ministres parmi la majorité législative. Mais M. Thiers se refusait de présider sans gouverner. Un amendement défendu par le Garde des Sceaux, Jules Dufaure, obtint d'élever à trente le nombre de membres de la commission et d'ajouter à sa mission l'élaboration d'un projet de loi sur l'organisation des pouvoirs publics.

Le rapport préparé par Albert de Broglie, au nom de la commission, chercha, avant tout, à encadrer les conditions de l'intervention de Thiers devant l'Assemblée nationale. En effet, selon ce rapport, « le vice général du régime [alors en place...] c'est le retour fréquent des conflits qui s'élèvent entre cette Assemblée souveraine et le chef éminent à qui elle a confié le pouvoir exécutif²⁷ ». Néanmoins, Albert de Broglie ne proposa pas encore de supprimer définitivement la responsabilité présidentielle, soulignant dans son rapport que « le chef élu d'un État républicain

²⁴ O. RUDELLE, *La République absolue, aux origines de l'instabilité constitutionnelle de la France républicaine, 1870-1889*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1982, p. 22.

²⁵ Le débat sur la création d'un nouvel impôt au début de l'année 1872 en apporte une bonne illustration. Le 19 janvier 1872, malgré les positions prises devant l'Assemblée à plusieurs reprises par Thiers en faveur de la mise en place d'un impôt sur les matières premières, l'Assemblée adopte le 19 janvier 1872 un ordre du jour contre l'instauration éventuelle d'un tel impôt. Le lendemain, le Président de la République adressa sa démission au Président de l'Assemblée nationale, Jules Grévy, contraignant la majorité de l'Assemblée à adopter une résolution proclamant qu'elle s'était « bornée à réserver une question économique, que son vote ne [pouvait] être, à aucun titre, regardé comme un acte de défiance ou d'hostilité et ne saurait impliquer le refus du concours qu'elle [avait] toujours donné au Gouvernement ». Le texte de cette résolution qui faisait appel au « patriotisme de Monsieur le Président de la République » pour lui demander de ne pas démissionner, fut porté en mains propres par l'ensemble du Bureau de l'Assemblée à M. Thiers, qui accepta de revenir sur sa décision.

²⁶ L. GIRARD, « Une constitution mort-née : le projet de loi sur les pouvoirs publics de mai 1873 », art. cité, p. 535.

²⁷ Rapport de Broglie, cité par D. GROS, *Naissance de la Troisième République*, Paris, PUF, 2014, p. 148.

est responsable, en vertu du principe même de la République²⁸ ». La loi du 13 mars 1873 mit donc en place le fameux cérémonial chinois qui permettait au Président d'être « entendu par l'Assemblée dans la discussion des lois lorsqu'il le juger[ait] nécessaire et après l'avoir informée de son intention par un message » ; il pourrait aussi être entendu, dans les mêmes formes, lorsque des interpellations auront trait aux affaires extérieures ou à la politique intérieure, dès lors que ces dernières se rattacheront à la politique générale du Gouvernement et engage(ro)nt aussi la responsabilité du Président de la République.

Thiers avait fini « par accepter la réglementation de ses interventions à la tribune²⁹ ». En contrepartie, à la demande de Dufaure, l'article 5 de la loi de Broglie prévoyait que le Gouvernement soumettrait à l'Assemblée plusieurs projets de loi pour sortir du provisoire, notamment « sur l'organisation et mode de transmission des pouvoirs législatif et exécutif ».

À la mi-mai, ce projet de loi, préparé par Jules Dufaure, était transmis à l'Assemblée nationale. Thiers était décidé à prendre ses adversaires monarchistes de vitesse en leur imposant comme terrain d'affrontement la discussion du projet de loi sur l'organisation des pouvoirs publics. La veille du dépôt du projet sur le bureau de l'Assemblée nationale, le 18 mai, le Président de la République procéda à un ultime remaniement ministériel. Ce remaniement

fut le fait tout personnel de Thiers ; il répondait à l'idée que le trouble venait de ce qu'on n'avait pas définitivement affirmé la République. Le résultat était que le ministère, sauf de Fourtou, n'était composé que de républicains et de modérés seulement. C'était une sorte de défi à la loi du 13 mars, dont le but était d'assurer à la majorité des ministres lui appartenant. Par personnalisme, Thiers se plaçait ainsi au-dessus de la loi et défiait la majorité, sans satisfaire d'ailleurs les républicains, beaucoup plus avancées que lui. Il n'avait plus la force morale que ce Gouvernement personnel supposait³⁰.

Mais déjouant la manœuvre de Thiers, la majorité monarchiste imposa de discuter en priorité d'une interpellation, inspirée par Albert de Broglie, qui exprimait toute la défiance de cette majorité à l'égard de Thiers, réclamait de « rassurer le pays en faisant prévaloir dans le gouvernement une politique résolument conservatrice » et regrettait « que les récentes modifications ministérielles n'aient pas donné aux intérêts conservateurs la satisfaction qu'ils avaient le droit d'attendre ». À la suite du vote par 360 voix contre 344 de cet ordre du jour, Thiers démissionna, entraînant *de facto* l'abandon de l'examen du projet du 19 mai 1873 par l'Assemblée nationale.

L'ÉQUILIBRE DES POUVOIRS IMAGINÉ PAR LE PROJET THIERS-DUFAURE

Inscrit dans la tradition du constitutionnalisme libéral héritée de Montesquieu, le projet Thiers-Dufaure sur l'organisation des pouvoirs publics renvoie clairement à une vision mécaniste des institutions, celle d'un ensemble de combinaisons – bicamérisme, responsabilité de l'exécutif, droit de dissolution – destinées à garantir l'équilibre et la collaboration entre les pouvoirs. Cette conception d'une balance

²⁸ *Ibid.*, p. 149.

²⁹ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France*, t. 3, *L'avènement de la Troisième République, la constitution de 1875*, Paris, Armand Colin, p. 188.

³⁰ *Ibid.*, p. 204.

des pouvoirs figure au cœur de l'article 1^{er} du projet : « Le Gouvernement de la République française est composé d'un Sénat, d'une Chambre des représentants et d'un Président de la République, chef du pouvoir exécutif ».

Un Parlement républicain bicaméral

Sur l'organisation du pouvoir législatif, deux points principaux sont à retenir : le choix du scrutin majoritaire, inscrit dans le projet lui-même, pour l'élection des députés et surtout celui du bicamérisme pour des institutions républicaines.

Pour la Chambre populaire, le projet du 19 mai 1873 retient, en effet, pour l'élection au suffrage universel d'une assemblée républicaine, le scrutin majoritaire uninominal utilisé par l'Empire, renonçant ainsi au scrutin de liste privilégié par les républicains sous la II^e République et pour les élections du 8 février 1871. Le projet Thiers-Dufaure prévoit dans son article 7 l'élection des 537 députés tous les cinq ans au scrutin majoritaire dans chaque arrondissement administratif du pays.

Ce mode de scrutin sur le choix duquel l'exposé des motifs insiste tout particulièrement pour « le succès de l'œuvre de réorganisation politique » en cours apparaît aux auteurs du projet comme « la meilleure digue à opposer à ces entraînements de l'opinion qui inspirent de si vives alarmes ». Il serait aussi le mieux à même de garantir « un lien plus étroit, plus intime » entre les électeurs et leur mandataire. À ces arguments attendus de la part des tenants d'une « république conservatrice », l'exposé des motifs ajoute un autre, emprunté au droit comparé et faisant directement référence aux travaux d'Édouard de Laboulaye sur les institutions américaines :

Dans tous les pays célèbres pour leur liberté, on se garde de donner à élire une députation nombreuse à chaque corps électoral. La « loi américaine », dit un écrivain qui fait autorité, « veut qu'on ne nomme jamais qu'un député à la fois ; il n'y a pas de scrutin de liste... il faut que les électeurs ne choisissent qu'une personne et connaissent bien la personne qu'ils choisissent.

Sur l'organisation du pouvoir législatif dans son ensemble, le projet Thiers-Dufaure fait le choix du bicamérisme aussi bien pour répondre à une prescription fixée par la loi de Broglie que pour tirer les enseignements du mauvais fonctionnement des institutions de 1848, ayant abouti à dresser face à face le Prince-président et l'Assemblée nationale. Suivant une vision mécaniste de l'équilibre institutionnel, il s'agit, en effet, de placer, selon l'exposé des motifs du projet,

à côté ou au-dessus de l'opinion populaire [un] corps constitué destiné à la diriger, du moins à la tempérer, et à ralentir son action. [Car] partout, on a senti le danger d'un pouvoir unique et sans contrepoids. Quelles que soient sa forme et son origine, il dégénère en despotisme.

Ce corps aura à arbitrer les différends éventuels entre le Président de la République et la Chambre des représentants et pourra décider, le cas échéant, de la dissolution de cette dernière.

Mais le bicamérisme prôné par le projet Thiers-Dufaure est singulier dans l'histoire constitutionnelle française. Il repose sur le principe de l'élection au suffrage universel direct de la deuxième Chambre. En effet, pour les auteurs du projet, seule l'élection au suffrage universel serait à même d'assurer au Sénat, pour remplir ses missions, une « autorité », une « force d'impulsion », « un rang et une puissance qui ne permettent pas de voir en lui l'inférieur de l'autre Chambre ». Dès lors, comme ils le soulignent, « c'est ailleurs que dans la base électorale » que les auteurs du projet ont « cherché les différences qui marqueront le rôle spécial auquel [le Sénat] est appelé ».

Les 265 sénateurs âgés de trente-cinq ans au moins, devront ainsi être désignés parmi certaines catégories de citoyens qui combinent « l'autorité » et « l'expérience ». Il s'agit des membres et anciens membres de la Chambre populaire, des ministres et anciens ministres, des plus hauts fonctionnaires et des membres de grands corps de l'État, des grands élus locaux, des plus hautes autorités religieuses ou des plus hauts gradés de l'armée et de la marine. Esmein, dans ses *Éléments de droit constitutionnel et comparé*, souligne que

c'était, transposé et simplifié [...], le système que la Charte de 1830 avait introduit pour le recrutement de la Chambre des pairs : d'après l'article 31 (modifié par la loi du 29 décembre 1831), le roi qui nommait les pairs, ne pouvait les choisir que sur une liste de notabilités comprenant de nombreuses catégories. Le projet de M. Thiers, transférant au suffrage universel le droit de nommer les membres du Sénat, restreignait ses choix comme la Charte avait jadis restreint ceux de Louis-Philippe³¹.

Cette représentation des capacités par la Deuxième Chambre est une idée ancienne dans le constitutionnalisme libéral, celle d'une représentation égalitaire des départements – cet échelon local constituant « cette unité morale dont le temps a fait une unité historique » – qui éliront chacun, quelle que soit leur population, trois sénateurs au scrutin de liste est plus inédite. Elle est directement et clairement empruntée à la Constitution américaine, sans qu'il soit question, dans le même temps, de transformer la France en État fédéral, au contraire, puisque Thiers demeure indéfectiblement attaché à la centralisation napoléonienne.

Ce Sénat, dont les membres seront élus pour dix ans et renouvelés par cinquième tous les deux ans, aurait « les mêmes attributions législatives que la Chambre des représentants ». Il exercerait en sus des attributions judiciaires particulières, étant en charge de « juger les procès intentés contre les principaux dépositaires de la puissance publique ». Il aurait aussi le pouvoir d'autoriser la dissolution de la Chambre des représentants par le Président de la République si ce dernier estime « que l'intérêt du pays exige [ce] renouvellement ».

Si en ce qui concerne le pouvoir législatif, le projet Thiers-Dufaure préfigure le bicamérisme des lois constitutionnelles de 1875, au niveau de l'organisation du pouvoir exécutif, il renvoie, au contraire, bien davantage, à une Constitution de 1848 révisée³² qu'au gouvernement parlementaire de la III^e République.

Un « président gouvernant donc responsable³⁴ »

La « République conservatrice » doit être une république présidentielle, à l'instar de celle de 1848. Pour les auteurs du projet, dans des institutions républicaines,

³¹ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 906.

³² Dès la réunion de l'Assemblée nationale en février 1871, Dufaure demanda à Thiers que l'on recherche, pour préparer les futures institutions, « ce que l'on pourrait adopter ou compléter dans la Constitution de [18]48 » (cité par L. GIRARD, « Une constitution mort-née : le projet de loi sur les pouvoirs publics de mai 1873 », art. cité, p. 533).

³³ « Le 10 août 1871, [Thiers] écrivait à Girardin : “En février dernier, au sortir des mains du parti de la guerre à outrance, le plus sage eût été de se servir de la Constitution de 1848. C'eût été plus sage et plus commode”. Cette lettre est imprimée dans *Le Rappel* du 2 mai 1874 » (cité par D. HALÉVY, *La fin des notables*, op. cit., p. 25).

³⁴ L. GIRARD, *Les libéraux français, 1814-1875*, Paris, Aubier, 1985, p. 245.

le pouvoir exécutif doit « être commis à un magistrat unique dont l'origine soit élective, la responsabilité réelle, la mission temporaire ». Ce Président de la République serait doté d'attributions reprenant celles « fixées de manière satisfaisante par la Constitution de 1848³⁵ ». Cependant, plusieurs dispositions majeures du projet Thiers-Dufaure cherchent à tirer les conséquences des rigidités constitutionnelles qui avaient abouti au coup d'État du 2 décembre 1851.

Élu pour 5 ans, le Président de la République serait, cette fois, rééligible. Et surtout, pour éviter les conflits entre les pouvoirs survenus sous la II^e République, le projet du 19 mai 1873 propose de combiner un gouvernement présidentiel responsable avec des mécanismes empruntés sciemment au régime parlementaire, en particulier la responsabilité ministérielle devant les Chambres et le droit de dissolution.

La responsabilité du pouvoir exécutif devant le Parlement constitue bien un des enjeux majeurs du projet Thiers-Dufaure. Ce texte maintient dans son article 14 le principe d'une responsabilité du Président de la République pour des actes de gouvernement, responsabilité déjà inscrite à l'article 68 de la Constitution de 1848, mais sans faire référence à l'Assemblée, comme dans les lois Rivet et de Broglie. Le projet établit aussi une responsabilité individuelle des ministres, mais également, et pour la première fois dans un texte constitutionnel français, une responsabilité des ministres pris collectivement. Ce sont donc trois formes différentes de responsabilité politique qui se superposent dans le projet Thiers-Dufaure : présidentielle, ministérielle à titre collectif et ministérielle à titre individuel.

Or, par rapport à la II^e République, la pratique de Thiers entre 1871 et 1873 a gonflé l'importance et l'effectivité de la responsabilité ministérielle au point d'éclipser largement la responsabilité individuelle des ministres. L'exposé des motifs du projet Thiers-Dufaure tire parallèlement les conséquences de cette pratique en indiquant que le Président de la République pourrait intervenir, si « nécessaire », dans l'enceinte des Chambres, c'est-à-dire bien au-delà du seul message présenté chaque année à l'Assemblée nationale à travers un exposé sur l'état général des affaires de la République prévu à l'article 52 de la Constitution de 1848. Pour l'avenir, à la différence du principat de Thiers, la mise en œuvre du projet du 19 mai 1873 placerait potentiellement en conflit la responsabilité présidentielle devant le Parlement et cette nouvelle responsabilité des ministres pris « collectivement » devant les assemblées.

Sous la II^e République, la question de savoir si le Président était tenu de prendre ses ministres parmi la majorité de l'Assemblée était pendante :

L'imprécision entoure l'[éventuelle] dépendance [des ministres] à l'égard de l'Assemblée comme la faculté du président de les choisir sans tenir compte de l'orientation politique dominante dans l'Assemblée. Quand Louis-Napoléon congédiera le 31 octobre 1849 les ministres qui avaient la confiance de la majorité pour leur substituer un cabinet d'hommes à sa dévotion, l'Assemblée ressentira l'initiative comme un affront et un défi, mais elle ne pourra pas prétendre qu'il y a violation de la Constitution : l'interprétation, que nous dirons présidentielle,

³⁵ Il faut aussi noter le silence du projet sur le contreseing ministériel des actes du Président de la République, là où l'article 67 de la Constitution de 1848 l'imposait, hormis pour la nomination et la révocation des ministres.

du texte fondamental n'est pas en contradiction avec ses stipulations ni avec son inspiration ; le prince-président n'a fait qu'explicitier une option³⁶.

Dans le projet du 19 mai 1873, la faculté pour le Président de choisir ses ministres hors de la majorité parlementaire se trouvait accrue par le renforcement de l'autorité présidentielle, mais partiellement contredite par l'affirmation de la responsabilité collective des ministres, source d'autonomie par rapport au chef de l'État.

La construction des équilibres entre les différents organes du pouvoir exécutif est donc largement renvoyée à la pratique future. Cette dernière pourrait aussi bien déboucher sur une marginalisation progressive du Président de la République malgré sa responsabilité inscrite dans la constitution et son mode d'élection que sur une autonomie très restreinte des ministres et un gouvernement présidentiel, comparable à celui en place aux États-Unis, mais de surcroît responsable. Ainsi, comme plusieurs de nos textes constitutionnels, le texte du 19 mai 1873 offrait un cadre susceptible de plusieurs lectures possibles, présidentialiste ou parlementariste.

Si le projet du 19 mai 1873 reste imprécis sur les modalités concrètes de la mise en œuvre de la responsabilité présidentielle, en particulier devant les assemblées, les réflexions d'Ernest Duvergier du Hauranne, véritable porte-parole officieux du thérisme constitutionnel, offrent une piste de réponse en suggérant que la responsabilité du Président de la République devant les assemblées pourrait aboutir à sa démission dans le cas où les deux Chambres le réclament conjointement.

Les rapports entre le Président et le Parlement prévus dans le projet du 19 mai 1873 renvoient, effectivement, à un jeu à trois pouvoirs. C'est pour permettre une mise en œuvre efficiente de la responsabilité présidentielle, tout en évitant de dresser face à face le Président et la Chambre des représentants, que l'institution d'une Deuxième Chambre trouve une partie de sa justification : incarner un « pouvoir modérateur, régulateur, contrepoids naturel de l'autre assemblée, arbitre souverain de ses disputes avec le pouvoir exécutif³⁷ ». En cas de conflit avec la seule Chambre des représentants, mais soutenu par le Sénat, le Président pourrait se maintenir, voire, si ce conflit s'aggrave, demander au Sénat de prononcer la dissolution de la Chambre basse. Désavoué par les deux Chambres, il serait contraint, en définitive, de se retirer. La mise en œuvre de la responsabilité du cabinet et celle du Président sont donc déclinées sur deux plans différents : devant l'une ou l'autre des assemblées pour la première, devant les assemblées réunies ou devant le suffrage populaire pour la seconde.

La force symbolique du droit de dissolution pouvant être actionné à l'initiative du Président de la République impose qu'il soit subordonné à un accord du Sénat, mais aussi de doter le chef de l'État d'une légitimité particulière. En effet, selon l'exposé des motifs,

pour que le Président de la République pût être mis en possession d'une aussi grande prérogative que le partage et l'initiative du droit de dissolution, il [faut] que, par son origine, son pouvoir eût une véritable indépendance. Il ne peut être le délégué d'une seule Assemblée ni même des deux Assemblées réunies. Il descendrait ainsi au rang d'une autorité subordonnée.

³⁶ R. RÉMOND, *La vie politique en France*, t. 2 : 1848-1879, Paris, Pocket, 2005 [1969], p. 80-81.

³⁷ E. DUVERGIER DE HAURANNE, *La République conservatrice*, op. cit., p. 276.

Soulignant l'impossibilité de recourir à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct deux décennies seulement après le coup d'État du 2 décembre, le projet Thiers-Dufaure opte pour un mode de désignation original associant, au sein du collège électoral présidentiel, aux membres des deux assemblées trois membres élus au sein de chacun des conseils généraux de France et d'Algérie.

En définitive, les lois constitutionnelles de 1875 constitueront, du point de vue de l'organisation du pouvoir exécutif, un modèle totalement inversé de celui de République présidentielle porté par le projet Thiers-Dufaure. L'irresponsabilité du président de la République y est clairement affirmée. Son élection devient une compétence exclusive des parlementaires. Il lui sera expressément impossible d'intervenir lui-même devant les parlementaires. Le contreseing ministériel sera exigible pour l'ensemble des actes présidentiels.

En outre, si le Président demeurera constitutionnellement le chef du pouvoir exécutif, la pratique fera émerger entre 1873 et 1875 la figure du président du Conseil responsable devant les parlementaires. En définitive, seul le dispositif relatif à la dissolution imaginé par le projet Thiers-Dufaure sera directement repris par les lois constitutionnelles de 1875. Néanmoins, la pratique se chargera ainsi de neutraliser ce mécanisme conçu par Thiers, comme le contrepoids indispensable à la pression de la Chambre populaire.

POSTÉRITÉ DU PROJET THIERS-DUFAURE

Le projet Thiers-Dufaure a nourri directement, plus ou moins intensément, les réflexions des tenants, politiques ou universitaires, sous la III^e République d'une réforme constitutionnelle qui passerait principalement par une restauration de la fonction présidentielle. Jean Casimir-Perier, Alexandre Millerand et André Tardieu s'y référeront expressément³⁸, mais aussi Maurice Deslandres et Maurice Hauriou.

Le révisionnisme politique de la III^e République : Casimir-Perier, Millerand, Tardieu

Jean Casimir-Perier est sans doute, des révisionnistes de la III^e République, celui qui se rattache le plus largement à l'esprit et à la lettre du projet Thiers-Dufaure. Resté assez elliptique, avant et pendant sa courte présidence de la République, sur une éventuelle révision constitutionnelle, il mentionne directement le projet du 19 mai 1873, dans les propositions de révision qu'il développe dans une *Étude sur la Constitution de 1875*, rédigée entre 1899 et 1903 mais non publiée par son auteur.

Jean Casimir-Perier est, en effet, partisan de restituer au Président de la République son rôle effectif de chef du pouvoir exécutif inscrit dans les lois constitutionnelles de 1875. Aussi s'inspire-t-il expressément du projet Thiers-Dufaure sur trois points majeurs : le collège électoral du chef de l'État, la responsabilité présidentielle

³⁸ On a choisi ici de se limiter aux révisionnistes constitutionnels qui faisaient directement référence au projet du 19 mai 1873 dans leurs écrits ou leurs discours. Le révisionnisme de Charles Benoist ou celui de l'Action Libérale Populaire au début de la décennie 1900 rejoignent sur certains points les propositions du projet Thiers-Dufaure, mais ils ne réfèrent pas expressément à ce dernier.

et l'élection au suffrage universel du Sénat, arbitre des conflits entre la Chambre des députés et le chef de l'État.

Pour le premier point, l'ancien chef de l'État propose que le collège électoral présidentiel réunisse l'ensemble des conseillers généraux afin de dégager le président de la République de l'emprise des parlementaires³⁹. Sur le deuxième point, Jean Casimir-Perier considère que la « fiction [...] de l'irresponsabilité présidentielle] le réduit en fait à l'impuissance. Supprimer la responsabilité, c'est supprimer l'action⁴⁰ ». Aussi réclame-t-il, à l'instar de Thiers et Dufaure⁴¹, de restaurer la responsabilité présidentielle qui aurait pour « juge le Parlement ou, en cas de dissolution, le peuple souverain⁴² ». Enfin, sur le troisième point, comme les auteurs du projet du 19 mai 1873, Jean Casimir-Perier considère que la Deuxième Chambre doit constituer un « contrepoids à la Chambre » et un « point d'appui » au gouvernement en arbitrant une éventuelle mise en œuvre de la dissolution. À cette fin, il suggère lui aussi de faire élire les sénateurs au suffrage universel direct, « tout en dirigeant le choix du suffrage universel par la détermination des éligibles⁴³ ».

En définitive, la conception que se fait Jean Casimir-Perier de la fonction présidentielle renvoie directement au gouvernement présidentiel dessiné par le projet du 19 mai 1873 :

Si au président élu par ce collège national, on donne le droit formel de révoquer les ministres, si on ne lui dénie plus la responsabilité constitutionnelle, on en fait ce qu'il doit être : un chef de Gouvernement, mais un chef qui ne peut ni résister à la volonté de la nation, si s'élever au-dessus de la loi, ni lui faire obstacle⁴⁴.

Le Président sera réellement le chef du pouvoir exécutif ; il fera un faisceau de ces volontés ministérielles souvent divergentes ; il assurera cette unité d'action qui est la condition absolue du salut public⁴⁵.

En retrait de la vie publique, attendant, pour présenter son projet de révision, un moment opportun qui en ferait comprendre à l'opinion la nécessité profonde, Jean Casimir-Perier, décédé en 1907, n'a finalement pas eu l'occasion de lancer une campagne en faveur de la révision des lois constitutionnelles de 1875, reprenant l'esprit et les dispositions du projet du 19 mai 1873.

Le révisionnisme constitutionnel du Président Millerand qui se déploie à partir des élections législatives de 1919⁴⁶ jusqu'aux années 1930⁴⁷, s'inspire lui aussi, pour

³⁹ J. CASIMIR-PERIER, *Notes sur la Constitution de 1875*, éd. et introduction d'E. Lemaire, Paris, Dalloz, 2016, p. 62 et 82.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 70.

⁴¹ Cités expressément sur ce point par J. Casimir-Perier (*ibid.*, p. 67).

⁴² *Ibid.*, p. 82. La référence au Parlement laisse imaginer que Jean Casimir-Perier pense, comme Ernest Duvergier de Hauranne, à une responsabilité présidentielle mise en cause par les deux assemblées conjointement.

⁴³ *Ibid.*, p. 85. Thiers est, sur ce point aussi, expressément cité.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 84.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 86.

⁴⁶ *Discours de M. Millerand, prononcé à Ba-Ta-Clan, le 7 novembre 1919*, Paris, Imprimerie Le Papier, 1919.

⁴⁷ A. MILLERAND, « En attendant une Constitution », *Revue de Paris*, 1930, p. 72 *sqq.*

partie, du projet du 19 mai 1873. En effet, Alexandre Millerand est un révisionniste de la III^e République qui veut restaurer la fonction présidentielle et lui donner un véritable rôle de direction de la politique nationale.

Le 7 novembre 1919, dans son discours prononcé dans la salle de Ba-Ta-Clan à Paris, il n'avait pas hésité à qualifier le Président de la République de « premier représentant de la France⁴⁸ », véritable transgression du dogme de la souveraineté parlementaire qui fait des membres des assemblées les seuls « représentants » des citoyens, au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789⁴⁹. C'est parce qu'il considère que le Président de la République est le « premier représentant de la France » que Millerand milite pour l'élargissement de son collège électoral : « Le Président de la République n'est pas constitutionnellement le syndic des parlementaires, mais bien le premier représentant de la France. Ce n'est donc pas seulement dans les deux chambres que doivent être ses électeurs [...] on peut, sans aucun danger et avec, à mon avis, de très grands avantages, élargir singulièrement le collège électoral du Président de la République⁵⁰ », l'élargir à des délégués des conseils généraux et des grandes corporations : syndicats patronaux, ouvriers, agricoles, commerciaux, industriels ; des corps intellectuels et artistiques.

En insistant tout particulièrement sur la nécessité d'élargir le collège électoral du Président de la République pour lui permettre d'exercer pleinement les prérogatives que lui donnent les lois constitutionnelles de 1875, Alexandre Millerand s'inspire du projet Thiers-Dufaure et même s'y réfèrera expressément sur ce point à l'occasion d'un de ses voyages présidentiels le 12 mars 1921 à Lyon :

À côté [des parlementaires], se placent tout naturellement les élus, chargés par le suffrage universel de le représenter dans ces assemblées départementales, auxquelles, à la veille de sa chute, M. Thiers, dans son mémorable projet de loi du 19 mai 1873 conférait le droit de participer, par leurs délégués, à l'élection du président de la République⁵¹.

Pour Alexandre Millerand, président du Conseil alors qu'il se porte candidat à la présidence de la République en septembre 1920 suite à la démission de Paul Deschanel, le Président doit bien être l'homme d'une politique déterminée, idée qui renvoie au gouvernement présidentiel dessiné par le projet Thiers-Dufaure :

Si la majorité des deux chambres a estimé préférable ma présence à l'Élysée pour maintenir et poursuivre cette politique nationale, si elle pense, comme moi, que le Président de la République, s'il ne doit pas être l'homme d'un parti, doit être l'homme d'une politique arrêtée et appliquée en étroite collaboration avec ses ministres, je ne me déroberai pas à l'appel de la représentation nationale⁵².

Il confirmera, après son élection, dans son message aux Chambres :

En appelant, comme elle l'a fait à la magistrature suprême, le président du Conseil, l'Assemblée nationale a nettement marqué sa volonté de maintenir et de poursuivre, à l'intérieur comme à l'extérieur, la politique que les deux chambres

⁴⁸ *Discours de M. Millerand, prononcé à Ba-Ta-Clan, op. cit.*, p. 10.

⁴⁹ « La loi est l'expression de la volonté générale, tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation ».

⁵⁰ *Discours de M. Millerand, prononcé à Ba-Ta-Clan, op. cit.*, p. 10.

⁵¹ Cité par M. HAURIOU, *Précis de Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, p. 394.

⁵² Communiqué du 20 septembre 1920, repris dans la *RDP*, 1920, p. 575.

n'ont, depuis huit mois, cessé d'approuver. Je n'ai accepté le poste de devoir et d'honneur où vous m'avez placé que dans le dessein de la servir avec plus de force et de continuité⁵³.

Conscient comme Thiers du rôle joué par le droit de dissolution dans l'équilibre des pouvoirs, Alexandre Millerand insistera également sur la nécessité de libérer sa mise en œuvre de l'obligation de l'avis conforme du Sénat, pour permettre au Président d'en appeler directement au suffrage universel en cas de conflit entre les pouvoirs.

Maurice Hauriou, observateur attentif de l'expérience Millerand au moment où il publie la première édition de son *Précis constitutionnel* en 1923, souligne :

M. Millerand a été élu en 1920 président de la République, après avoir lancé un programme de développement de l'activité du président et, même, de révision de la constitution en vue de l'élargissement du collège électoral qui le nomme. On ne peut pas dire qu'il a été élu sur ce programme, mais il est déjà significatif que le programme ne l'ait pas empêché d'être élu. Du chemin a été parcouru depuis la présidence de Casimir-Perier en 1894⁵⁴.

La démission d'Alexandre Millerand consécutivement à la crise présidentielle de 1924 signifie clairement, dans l'esprit des commentateurs, la fin des tentatives de restaurer le Président de la République dans sa fonction de chef effectif du pouvoir exécutif. Ainsi Gaston Jèze souligne-t-il dans sa chronique constitutionnelle de France à la *Revue du Droit public* :

La crise de 1924 marquera, sans doute, l'échec définitif des tentatives de ce genre. En France, « le président préside mais ne gouverne pas ». Telle est l'interprétation donnée, une fois de plus, par la pratique⁵⁵.

À partir de cette date, les partisans d'une révision des lois constitutionnelles de 1875 se concentreront surtout sur l'importance d'un renforcement des prérogatives du Président du Conseil. Néanmoins, André Tardieu fait encore directement référence, en 1937, dans *La profession parlementaire*, au projet du 19 mai 1873 et au « corps électoral élargi, qu'il prévoyait⁵⁶ » pour la désignation du chef de l'État. Mais si Tardieu réclame alors que l'élection du chef de l'État ne soit pas abandonnée aux seuls parlementaires et que le collège électoral présidentiel soit réformé, il reste toutefois ambigu sur le rôle actif que pourrait jouer le chef de l'État dans la direction des affaires publiques.

L'ancien président du Conseil revient à plusieurs reprises sur la façon dont la responsabilité présidentielle inscrite dans la Constitution de 1848 et en vigueur sous le principat de M. Thiers a été progressivement abandonnée :

On inventa contre [M. Thiers], par la loi du 13 mars 1873, la responsabilité ministérielle, avec l'arrière-pensée de la substituer à l'autorité présidentielle⁵⁷.

⁵³ Message aux Chambres du 25 septembre 1920, *Journal Officiel*, Débats parlementaires du 26 septembre 1902, p. 3147.

⁵⁴ M. HAURIOU, *Précis de Droit constitutionnel*, *ibid.*, p. 394-395.

⁵⁵ G. JÈZE, « Chronique constitutionnelle de France », *RDP*, 1924, p. 248.

⁵⁶ A. TARDIEU, *La profession parlementaire*, Paris, Flammarion, 1937, p. 219.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 217.

Il mentionne également Tocqueville qui « estimait qu'un chef républicain doit être responsable à moins d'être un pouvoir subordonné⁵⁸ ». Il cite longuement le message aux Chambres du président Casimir-Perier au moment de sa démission et les initiatives prises par le président Millerand. Il compare à plusieurs reprises le président français au président américain. Mais, Tardieu ne prend pas position clairement pour une « présidence gouvernante » et responsable. Tout juste, écrit-il : « Était-ce une excuse suffisante pour justifier ce trou par en haut, de s'être une fois trompé, en 1848, en élisant un Bonaparte⁵⁹ ? ».

La priorité immédiate de Tardieu semble surtout de délivrer l'élection du président de l'emprise exclusive des parlementaires, sans préjuger du rôle que pourrait avoir dès lors le chef de l'État, rôle de soutien au gouvernement ou véritable rôle de chef du pouvoir exécutif. En effet, déjà dénoncé par la gauche comme un dangereux révisionniste, qui voudrait mettre à bas la République, André Tardieu, s'il veut faire passer ses idées, peut-il réellement proposer de lever l'interdit d'un pouvoir présidentiel indépendant du Parlement, pesant sur la République depuis le coup d'État du 2 décembre ?

Il souligne cependant que

le pouvoir présidentiel, qui est, dans l'équilibre de l'État, un pouvoir nécessaire, est un pouvoir inexistant. On a dit que c'était la faute, non des institutions, mais des hommes, ce n'est pas exact. La formule de 1875 porte en elle les causes, dont on vient de lire les effets. On ne peut pas concilier le régime parlementaire, né de la monarchie, avec l'élection du monarque par les assemblées. Par suite de cette conciliation impossible, la France est obligée d'opter entre l'anéantissement du Président et le coup d'État. Elle a choisi l'anéantissement⁶⁰.

Le révisionnisme universitaire de la III^e République : Deslandres et Hauriou

Au-delà du révisionnisme des politiques, le projet Thiers-Dufaure est aussi mentionné expressément dans plusieurs propositions de réforme des Lois constitutionnelles de 1875 élaborées par des Professeurs des Facultés de Droit parmi les plus éminents, comme Maurice Deslandres et Maurice Hauriou, à partir de l'analyse qu'ils font du mauvais fonctionnement du régime.

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Dijon, se rattachant à la famille du catholicisme social, Maurice Deslandres défend à plusieurs reprises, en particulier à l'occasion des Semaines Sociales, des projets de révision des Lois constitutionnelles de 1875, qui préconisent en particulier de « restaurer la Présidence de la République⁶¹ ».

⁵⁸ *Ibid.*, p. 218.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 225.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 224.

⁶¹ Cours de M. Deslandres : « L'agent de la politique : l'État. Le problème constitutionnel » à la XX^e session des Semaines sociales de France à Reims en 1933, reproduite dans S. PINON, *Maurice Deslandres et le droit constitutionnel. Un itinéraire*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2012, p. 284.

Dès 1909, dans son Cours aux Semaines Sociales de France à Bordeaux, Maurice Deslandres conclut « à la nécessité d'une réadaptation de nos institutions politiques à l'état social contemporain⁶² ». Selon lui,

la différenciation sociale grandissante [...], la formation d'organes de défense pour les intérêts sociaux plus opposés créent des dangers de lutte et de désordre dans la société [...]. Les groupes sociaux sont pour l'État un organe de contrainte sociale, et organe de police, destiné à assurer l'ordre public et la paix, sinon des adversaires, du moins des forces possibles de résistance d'une puissance toute nouvelle. Et de tout cela, il résulte que le gouvernement doit être un organe plus fort et plus puissant que jadis⁶³.

Pour Maurice Deslandres, « la vraie force c'est dans son origine qu'un pouvoir peut la puiser et c'est de son origine aussi qu'un pouvoir peut recevoir un caractère vraiment national⁶⁴ ». En rappelant les « sentiments qui ont dicté aux constituants de 1875, l'institution de l'élection du Président par les assemblées elles-mêmes⁶⁵ », le Professeur de la Faculté de Dijon souligne « que, par suite de cette origine exclusivement parlementaire, le gouvernement et le chef de l'État en particulier, n'ont plus eu chez nous ni l'autorité, ni le caractère national qui leur étaient nécessaires⁶⁶ ». Aussi, Deslandres estime-t-il

qu'il faudrait retremper, en quelque sorte, l'instrument gouvernemental, en le plongeant davantage dans les eaux vives du pays. Et si l'on craignait de passer d'un excès à un autre en allant de la nomination du président de la République par le Parlement à son élection par le peuple lui-même, il semble qu'il serait opportun de recourir à la solution intermédiaire, jadis proposée par M. Dufaure, ministre du gouvernement de M. Thiers, en 1873. Elle consistait à faire élire le Président de la République par les Conseillers généraux. Ainsi, on ferait éclater le moule trop étroit d'un parlementarisme exclusif, ainsi on donnerait au pays une part dans la formation du gouvernement ; ainsi on nationaliserait et on fortifierait l'organe exécutif⁶⁷.

Dans ce Cours de 1909, Maurice Deslandres ne s'étend pas plus avant sur l'organisation interne du pouvoir exécutif. Ce Président de la République, désormais doté d'une légitimité nationale accrue par son élection par les conseillers généraux, serait-il appelé à jouer un rôle effectif dans la définition et la conduite de l'action gouvernementale ? Ou, doté de cette légitimité accrue, interviendrait-il surtout en soutien du gouvernement ? Le Professeur de la Faculté de Dijon n'apporte pas véritablement de réponse à cette date.

En 1933, dans un autre Cours aux Semaines Sociales de Reims, Maurice Deslandres fait à nouveau directement référence au projet Thiers-Dufaure, toujours sous le même angle :

L'origine parlementaire du chef de l'exécutif est un paradoxe. Un pouvoir issu d'un autre pouvoir ne peut être l'égal de celui qui lui donne la vie. Il faut donc à

⁶² Cours de M. Deslandres : « Influence de l'Évolution sociale sur l'organisation politique de la Démocratie » à VI^e session des Semaines Sociales de France à Bordeaux en 1909, *ibid.*, p. 102.

⁶³ *Ibid.*, p. 108.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 110.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

une Présidence, qui ne doit pas être annihilée par le Parlement, une origine extraparlamentaire. L'élection directe du chef de l'État par le suffrage universel me paraît pourtant dangereuse. De l'excès de la faiblesse, on passerait avec elle à l'excès de la force pour celui qui serait porté au pouvoir par le pays, tout entier, et l'expérience de 1848-1851, quoique d'autres circonstances l'aient fortement influencée, n'est pas encourageante. J'inclinerais vers la solution imaginée en 1873 par le gouvernement de Thiers, qui confiait l'élection du chef de l'État aux membres des conseils généraux. C'était dégager de la tutelle du Parlement, sans courir le risque de choix dictés par une popularité injustifiée, et le danger de voir séduit par le pouvoir personnel le favori de la nation. D'une élection par les conseillers généraux de France, le Président de la République tirerait, semble-t-il, une autorité fortement agrandie, mais non démesurée⁶⁸.

La défiance de Maurice Deslandres à l'égard d'une élection au suffrage universel du Président de la République est plus marquée qu'en 1909. Parallèlement, il met, bien davantage qu'alors l'accent sur le rôle de chef de l'exécutif que doit exercer le Président de la République. En ce sens, il insiste aussi bien sur l'« accroissement d'autorité » donnée par une réforme de son mode d'élection lui permettant d'exercer pleinement ses prérogatives constitutionnelles⁶⁹ que sur la possibilité, dès lors, de confier au chef de l'État de nouveaux droits comme ceux de pouvoir dissoudre la Chambre sans l'avis conforme du Sénat ou de « provoquer après le vote d'une loi [...] un référendum populaire soumettant cette loi au jugement du peuple⁷⁰ ». En outre, davantage qu'en 1909 là-encore, Maurice Deslandres insiste clairement sur le rôle effectif du Président dans la définition et la conduite de l'action gouvernementale :

Le Président, fort et indépendant par son origine, pourrait choisir lui-même l'homme à placer à la tête du Ministère, et à tout le moins l'orienter dans le choix de ses collaborateurs⁷¹.

Dans les observations introductives de son *Projet d'une nouvelle Constitution pour la France*⁷², écrit en 1940, Maurice Deslandres définit le pouvoir exécutif « comme le premier pouvoir de l'État » et insiste sur l'élection du Président de la République, chef du pouvoir exécutif, « par un corps électoral s'étendant à tout le pays et composé de ses élus, composé de l'ensemble des membres des assemblées départementales : conseils généraux et d'arrondissement ». Il insiste également sur

la nécessité pour le gouvernement d'une unité et d'une continuité de direction assurées par l'autorité supérieure et personnelle du chef de l'État, ainsi élu, en fait et en droit chef effectif du gouvernement, au mandat de six années et personnellement irresponsable devant les chambres⁷³. Unité et continuité assurées

⁶⁸ *Ibid.*, p. 185.

⁶⁹ Maurice Deslandres insiste, notamment, sur des prérogatives présidentielles qui ont été neutralisées depuis la crise du 16 mai, comme le droit de révoquer les ministres, l'ajournement des assemblées, la dissolution de la Chambre des Députés ou le droit de message (*ibid.*, p. 184).

⁷⁰ *Ibid.*, p. 185.

⁷¹ *Ibid.*, p. 186.

⁷² Voir cette revue : M. DESLANDRE, « Maurice Deslandres, *Projet d'une nouvelle Constitution pour la France* (1941) », *Jus Politicum*, n° 5 [<http://juspoliticum.com/article/Maurice-Deslandres-Projet-d-une-nouvelle-Constitution-pour-la-France-1941-316.html>]

⁷³ L'irresponsabilité présidentielle devant le Parlement figure expressément à l'article III du *Projet* de 1940. En outre, Maurice Deslandres ne pose pas, dans d'autres dispositions du *Projet*, le

également par le nombre restreint des ministres, collaborateurs du Président, par leur responsabilité devant lui, et leur responsabilité au contraire très tempérée devant le parlement. Unité assurée encore et réalisée par la présence au gouvernement non d'un Président du Conseil, mais d'un Premier ministre, exerçant sur la marche des services publics un contrôle d'exécution unificateur, sans pour autant là jouer le rôle d'un chef du gouvernement.

La fonction présidentielle dessinée par Deslandres dans son *Projet* de 1940, celle d'un Président de la République à la fois chef de l'État et chef du gouvernement, renvoie assez largement au « président-gouvernant » du projet Thiers-Dufaure. Stéphane Pinon souligne d'ailleurs à cet égard :

Avant de penser à la concentration des pouvoirs sous Vichy ou à certaines pratiques sous la V^e République, il faut garder à l'esprit la méthode historique de Deslandres, son ouvrage sur l'histoire de la III^e République. Un exécutif avec pour seul chef le président de la République, disposant de ses ministres, les révoquant, l'expérience n'était pas nouvelle. Elle remontait aux toutes premières heures du régime, au moment de l'adoption de la loi Rivet, le 31 août 1871. La loi du 25 février 1875 ne fera qu'entériner cette vision du parlementarisme. Il faudra attendre les années 1877-1879 pour que l'exécutif véritablement se scinde⁷⁴.

Élargir aux conseillers généraux le collège électoral du Président de la République pour renforcer sa légitimité et sa force démocratiques, c'est aussi sur ce point que Maurice Hauriou fait directement référence, lui-aussi, au Projet Thiers-Dufaure dans ses propositions pour modifier les lois constitutionnelles de 1875.

Dans la première édition de son *Précis de Droit constitutionnel*, le doyen de la Faculté de Droit de Toulouse suggère d'« entreprendre une évolution constitutionnelle régulière vers l'élection du président de la République par le suffrage universel⁷⁵ ». Là où Maurice Deslandres insistait sur l'évolution de l'état social du pays pour justifier un renforcement du pouvoir exécutif, Maurice Hauriou, pour sa part, met surtout l'accent sur la Grande Guerre et ses suites, qui ont, selon lui, accru le primat des questions internationales alors que, jusque-là, la démocratie française « n'avait vécu que dans la politique intérieure⁷⁶ ». Cette situation impose de donner au pouvoir exécutif

plus de libertés d'allure pour suivre (les relations extérieures) et pour les préparer dans toutes leurs conséquences. Pour que ce résultat soit obtenu, il faudra que l'organe exécutif ne dépende plus exclusivement du Parlement, mais que des relations directes s'établissent entre le peuple et lui. Il y aura un nouvel équilibre à réaliser entre les trois pouvoirs de la République parlementaire⁷⁷.

Hauriou considère que cette « évolution constitutionnelle » nécessaire

principe d'une responsabilité générale du Président, comme la doctrine constitutionnelle républicaine le postulait au XIX^e siècle.

⁷⁴ S. PINON, *Maurice Deslandres et le droit constitutionnel*, op. cit., p. 89.

⁷⁵ M. HAURIOU, *Précis de Droit constitutionnel*, op. cit., p. 388.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 378.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 379.

pourrait d'ailleurs être poursuivie par étapes : on commencerait par élargir le collège électoral actuel en adjoignant aux membres du Parlement, soit des délégués des conseils généraux, ainsi que le projetait déjà Thiers en 1873, soit, des délégués spéciaux élus par le corps électoral⁷⁸.

Maurice Hauriou croit « possible de combiner le régime parlementaire avec l'institution d'un Président de la République élu directement par le peuple⁷⁹ ». Pourtant, il ne s'agirait pas de mettre en place un gouvernement présidentiel aussi affirmé que sous la présidence de M. Thiers ou dans les dernières propositions de Maurice Deslandres. Hauriou propose d'organiser une « dualité des organes exécutifs⁸⁰ », le président de la République et le président du Conseil étant « associés dans l'exercice de l'exécutif⁸¹ ». Il renvoie, notamment, au système des deux consuls dans la République romaine, Hauriou considère que,

en fait, le président de la République serait là pour suppléer activement le président du Conseil dans la politique extérieure si le président du Conseil avait surtout à s'appliquer à la politique intérieure ou inversement. Qui oserait dire qu'avec les complications du gouvernement moderne il n'y ait pas du travail pour deux ? Il est visible qu'un seul homme ne peut porter le fardeau écrasant du contrôle de toutes les affaires qui intéressent la politique générale⁸².

Dans ses réflexions, Hauriou soulève aussi bien évidemment la question de l'irresponsabilité présidentielle devant le Parlement, pour estimer que, en l'occurrence, « la responsabilité ministérielle devant le Parlement peut bien couvrir les actes du chef de l'État puisque le ministre les contresigne⁸³ ».

Ainsi, pour Hauriou, le président de la République élu au suffrage universel serait avant tout un « appui » au président du Conseil, qui

lui sera précieux dans les luttes du gouvernement contre le Parlement ; la dissolution redeviendra possible, car il faut bien se rendre compte qu'elle est tombée en désuétude parce que le président de la République est l'élu du Parlement ; comme la dissolution de la Chambre est un des éléments de l'équilibre du régime parlementaire, il s'ensuit que le régime fonctionnera plus normalement avec un président de la République élu par le peuple⁸⁴.

Pour autant, s'il ne préconise pas la mise en place d'un gouvernement présidentiel sur le modèle thieriste, Hauriou n'écarte cependant pas la possibilité d'« une politique personnelle⁸⁵ » du président de la République. Dans cette hypothèse, il reconnaît que la responsabilité ministérielle ne suffira pas, même si « le cabinet des ministres succombe pour avoir voulu couvrir ces actes ». Toutefois, le président ne serait pas « atteint par l'ordre du jour de défiance et amené lui aussi à donner sa

⁷⁸ *Ibid.*, p. 389.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 390.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 391.

⁸¹ *Ibid.*, p. 391.

⁸² *Ibid.*, p. 392.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, p. 392-393.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 393.

démission », comme Thiers a pu y être contraint le 24 mai 1873. Pour le doyen de la Faculté de Droit de Toulouse,

cela ne se reproduirait certainement pas pour un président de la République élu directement par le peuple, qui se sentirait responsable, non pas devant le Parlement, mais devant le peuple. Ce président, en conflit avec le Parlement, saisirait simplement le pays par une dissolution de la Chambre des députés⁸⁶.

En effet, Hauriou ne prévoit pas de mécanisme de responsabilité présidentielle devant le Parlement. S'il est désavoué par le suffrage universel, alors le président démissionnerait « non pas devant un blâme du Parlement, mais devant un blâme du peuple, mais il lui arriverait aussi d'être approuvé par le pays et, au fond, n'est-ce point que dont on a peur⁸⁷ ? »

Hauriou conclut sa réflexion, réflexion préalablement prolongée par une analyse de l'expérience présidentielle Millerand en cours⁸⁸, en considérant qu'

en cherchant à réaliser une République à la fois parlementaire et démocratique, la France aspire à placer l'équilibre de l'État patricio-plébien un peu plus à gauche que l'Angleterre, un peu plus à droite que l'Amérique et la Suisse. Notons, en terminant, bien qu'il n'y ait pas encore de conséquence pratique à en tirer, que la Constitution allemande du 11 août 1919 a établi formellement la République démocratique parlementaire avec président suffrage élu par le suffrage populaire⁸⁹.

En définitive, le projet Thiers-Dufaure et l'organisation du pouvoir exécutif préconisée par Maurice Hauriou semblent peu éloignés dans l'esprit qui les anime, à savoir la combinaison du régime parlementaire avec un pouvoir exécutif puissant au sein duquel le président de la République puisse conduire une action déterminée. Seulement, en 1923, Hauriou peut commencer à imaginer une « évolution constitutionnelle » aboutissant à l'élection du président de la République au suffrage universel, évolution que le projet du 19 mai 1873 ne pouvait aucunement envisager, vingt-deux ans à peine après le coup d'État du 2 décembre.

*
**

Le projet Thiers-Dufaure entre en résonance avec le présidentielisme de la V^e République⁹⁰.

Sans se référer expressément au projet Thiers-Dufaure, la pensée constitutionnelle du général de Gaulle, déclinée dans la Constitution de 1958 et sa révision

⁸⁶ *Ibid.*, p. 393.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Dans la deuxième édition du *Précis de Droit constitutionnel* publié en 1929, Maurice Hauriou tire rapidement les conclusions de l'échec de la tentative de restaurer la fonction présidentielle, en soulignant qu'« après les élections de 1924, les incidents à la suite desquels M. Millerand a été obligé de donner sa démission ont contraint son successeur à reprendre le rôle passif » (M. HAURIOU, *Précis de Droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929 ; réédité et préfacé par J. Hummel, Paris, Dalloz, 2015, p. 364).

⁸⁹ *Ibid.*, p. 395.

⁹⁰ Ph. LAUVAUX, *Destins du présidentielisme*, Paris, PUF, 2002.

de 1962, renoue dans certaines de ses préoccupations avec le syncrétisme constitutionnel du projet du 19 mai 1873. On y retrouve la même indifférence à se conformer strictement à la classification théorique des régimes politiques⁹¹, pour adopter la constitution la mieux adaptée au « peuple », à « l'époque en cause⁹² » et aux réalités françaises, la même attention prêtée aux expériences constitutionnelles du passé pour en tirer les enseignements, l'accent mis sur l'importance du pouvoir exécutif et l'intérêt pour les régimes constitutionnels de type mixte.

Pour le général de Gaulle, comme pour Thiers et ses partisans, c'est à un Président de la République, désigné par un mode scrutin lui assurant une incontestable indépendance, qu'il revient d'incarner le pouvoir exécutif, à l'instar du président des États-Unis. Faisant référence à un de ses discours en novembre 1872, Louis Girard souligne que « Thiers aimait à dire qu'il aurait préféré l'Angleterre, mais qu'il lui fallait aller en Amérique⁹³ ». Parallèlement, René Cassin témoigne, dans ses mémoires, de l'intérêt pour le régime américain du général de Gaulle qui l'interrogea à plusieurs reprises à ce sujet pendant la Seconde Guerre mondiale :

À l'égard de ce pays il était partagé entre l'étonnement et l'envie [...] il semblait extrêmement séduit par la conception américaine du gouvernement présidentiel. Il m'a souvent entretenu de la question de savoir comment le Président était élu, et fut très désappointé d'apprendre qu'il était choisi par un parti après une série d'opérations locales, les primaires, qui constituaient les épreuves préliminaires. Mais la question des conflits éventuels avec les Chambres ne l'intéressait pas moins : il ne trouvait pas satisfaisant que le Président, s'il était républicain, subisse la contrainte de gouverner avec un Sénat en majorité démocrate ou inversement. Il fut manifestement très étonné lorsqu'il apprit que le Président n'avait pas le pouvoir de dissoudre la Chambre des représentants⁹⁴.

À travers la double révolution institutionnelle de 1958-1962, le fondateur de la V^e République a trouvé, selon René Cassin, « le moyen d'orienter notre pays vers le gouvernement présidentiel, mais de maintenir le droit de dissolution de la Chambre par le pouvoir exécutif⁹⁵ ».

En effet, le général de Gaulle comme Thiers attachaient une importance toute particulière au droit de dissolution, parmi les mécanismes afférents au régime parlementaire. La critique gaullienne du régime présidentiel pointe d'abord et principalement l'absence de mécanismes constitutionnels permettant de trancher les conflits entre le président et le Parlement aboutissant ainsi à transformer ce dernier en véritable « citadelle inexpugnable où les partis retrouveraient leur emprise et leur sûreté⁹⁶ ». Il est même permis de s'interroger sur la question de savoir si le

⁹¹ En 1966, le général de Gaulle soulignait à Alain Peyrefitte que la V^e République est « un régime mi-parlementaire, mi-présidentiel » (A. PEYREFITTE, *C'était de Gaulle*, t. 3, Paris, Éditions de Fallois-Fayard, 2000, p. 90).

⁹² Selon les mots prononcés par le général de Gaulle à Bayeux.

⁹³ L. GIRARD, « Une constitution mort-née : le projet de loi sur les pouvoirs publics de mai 1873 », art. cité, p. 537.

⁹⁴ R. CASSIN, *Ces hommes partis de rien*, Paris, Plon, 1975, p. 132-133.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 133.

⁹⁶ « Conférence de presse du 31 janvier 1964 », *Allocutions et message*, réédition, Paris, Plon, 1999, p. 861.

choix de Thiers et surtout celui du général de Gaulle⁹⁷ en faveur du régime parlementaire ne reposent pas, avant tout, sur la nécessité de doter le pouvoir exécutif⁹⁸ du droit de dissolution, corollaire de la responsabilité ministérielle.

Ainsi, Thiers et le général de Gaulle, hostiles l'un et l'autre au modèle présidentiel, ont tenté - et seul le second y a réussi - de mettre en œuvre un modèle constitutionnel hybride original de régime parlementaire à gouvernement présidentiel, expression du présidentielisme à la française.

Jean-Félix de Bujadoux

Docteur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

⁹⁷ Raymond Janot, chargé des problèmes constitutionnels à son cabinet en 1958, a porté témoignage du sentiment du général de Gaulle à cette date : « À l'époque, j'étais partisan d'un régime présidentiel, je ne l'ai jamais dissimulé, mais, en fait, j'ai été convaincu par le Général qui m'a démontré sans trop de difficultés qu'un régime parlementaire un peu corrigé, avec le poids d'un président qui n'émane pas uniquement d'un parlement, est en réalité de nature à lui donner plus de pouvoirs et – on l'a vu – c'est une perspective consacrée par les faits » (« Témoignage sur l'écriture de la Constitution de 1958 autour de Raymond Janot », in D. MAUS et O. PASSELECQ (dir), *Les cahiers constitutionnels de Paris I*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 12).

⁹⁸ Au-delà de sa fonction législative, Rémusat considère le Sénat exerce aussi une fonction de « conseil du gouvernement ».

Projet de loi constitutionnelle du 19 mai 1873*

EXPOSÉ DES MOTIFS DE LA LOI CONSTITUTIVE DES POUVOIRS PUBLICS

Par la loi du 13 mars dernier, le Gouvernement a été chargé de préparer des projets de loi sur l'organisation et le mode transmission des pouvoirs législatif et exécutif, sur la création et les attributions d'une seconde Chambre, enfin sur les changements à apporter à la loi électorale.

Depuis que l'Assemblée s'est séparée, nous nous sommes livrés avec assiduité au travail qui nous était prescrit, et nous venons soumettre à votre examen le résultat d'une sérieuse étude, en vous présentant l'ensemble d'une législation bien importante, puisqu'elle doit tenir lieu d'une Constitution pour le Gouvernement de la France.

Messieurs, lorsque vous vous êtes réunis pour la première fois à Bordeaux, tout était ruine autour de vous. Les agitations inséparables d'une révolution récente, surtout les efforts désespérés d'une affreuse guerre avaient porté une perturbation profonde dans l'organisation de l'État tout entier. Aucun pouvoir n'était resté intact ; le vôtre seul s'éleva au milieu de nos institutions écroulées, et l'on peut dire qu'en France, de toutes les autorités, il ne restait plus que la souveraineté nationale.

Cette souveraineté, c'était la vôtre : mais une Assemblée souveraine, de qui tout relève dans l'État, qui institue le pouvoir exécutif et le délègue à l'homme de son choix, c'était, au moins en fait, un gouvernement de forme républicaine, et vous lui avez donné son véritable nom quand vous avez nommé votre élu : Chef du Pouvoir exécutif de la République française, avec une seule réserve, qui d'ailleurs était de droit : celle des prérogatives de la souveraineté nationale, toujours libre, quand il lui conviendrait, de changer la forme du gouvernement. Avec la même réserve, mais en stipulant quelques conditions de durée, vous avez, par la loi du 31 août 1871, confirmé l'ordre établi et décerné au chef du pouvoir exécutif le titre de Président de la République française.

La République est donc en ce moment la forme légale de notre gouvernement ; mais le caractère provisoire qui par maintes déclarations lui a été assigné jusqu'ici, plus encore l'état incomplet des institutions dont elle se compose, les lacunes que présente son organisation, lui refusent les conditions de force et de solidité qui lui seraient nécessaires pour triompher des épreuves qu'elle est destinée à traverser. Tôt au tard, les pouvoirs actuels auront à subir un renouvellement. Dès à présent, l'incertitude qui plane encore sur le régime que la France doit adopter, affaiblit et

* Annexe n° 1779 (séance du 19 mai 1873), *Projet de loi sur l'organisation des pouvoirs publics*, présenté par M. Thiers, Président de la République, et par M. Dufaure, Garde des Sceaux, Ministre de la justice », *Journal Officiel*, 20 mai 1873, p. 3206 sqq.

compromet le régime existant, et entretient dans les esprits un doute et une inquiétude aussi nuisibles aux intérêts du pays qu'à l'action de l'autorité publique. Il semble, en effet, que toute révolution soit permise contre un ordre des choses déclaré officiellement provisoire ; et que ce n'est pas avec ce l'on pourrait appeler l'ébauche d'un gouvernement que nous pourrions affronter, dans un pays profondément divisé, les nécessités de notre situation et les éventualités de l'avenir.

Sans doute, tout incomplet qu'il est encore, tout dépourvu qu'il est des institutions préservatrices que réclame l'expérience de tous les pays libres, ce gouvernement a pu suffire aux premiers besoins de la France en détresse. Il a réussi à réparer nos maux les plus pressants. Sous vos auspices et avec votre concours, la paix a été faite, l'ordre a été rétabli, l'administration réorganisée, la tranquillité maintenue, le crédit public relevé et la libération du territoire assurée. Voilà ce qu'une république provisoire a fait pour la France. Mais ce qu'elle ne saurait faire tant qu'elle reste à l'état d'essai, d'expédient momentané, c'est calmer l'inquiétude croissante des esprits, c'est décourager les partis et maîtriser l'audace de leurs prétentions, c'est à procurer à chaque jour la sécurité du lendemain. Il nous reste à prouver au pays comme à l'Europe que confiance est due à l'avenir. Or comment un gouvernement qui semble souvent protester contre sa propre durée, à qui l'on interdit comme une usurpation de se croire définitif, serait capable de rassurer la France et le monde sur nos futures destinées et de donner à notre puissance renaissante les garanties de la stabilité ?

Telles sont les considérations décisives qui vous ont déterminés, messieurs, à ordonner une réorganisation des pouvoirs publics et à nous charger ainsi de vous présenter tout un plan de gouvernement.

Aux termes mêmes de la loi qui nous donnait cette mission, ce gouvernement pouvait-il être autre chose qu'un gouvernement républicain ? Le travail législatif que nous venons vous présenter en a donc pour premier objet l'établissement régulier. Les circonstances l'exigent ; la politique le commande également. Les avis peuvent être divisés en principe sur la forme de gouvernement la meilleure. Cette question qui a longtemps occupé, et qui occupera encore longtemps encore les publicistes, peut être dans la pratique différemment résolue selon les lieux et les temps. Des esprits étroits ou passionnés pourraient seuls méconnaître les sérieuses raisons qui ont déterminé des nations éclairées à placer la monarchie constitutionnelle au rang des conceptions les plus parfaites de la science politique ; mais ce n'est pas la science pure qui décide du choix d'un gouvernement ; c'est la possibilité, c'est la nécessité ; c'est la situation du pays obligé de se constituer. En comprenant les convictions et les regrets qui s'attachent à une forme politique qui n'est plus, nous tenons pour évident que l'état de la France ne comporte pas aujourd'hui d'autre régime que la République. Elle est actuellement le gouvernement naturel et nécessaire.

Chaque jour nous manifeste un mouvement général de l'opinion qui, pressée de sortir de l'indécision, lasse des efforts et des promesses contradictoires des partis, veut mettre un terme à cette libre concurrence qui nourrit leurs illusions, et réclame l'adoption positive du seul gouvernement qu'elle regarde comme possible.

N'en doutez pas, messieurs, le jour où à cet égard toute incertitude sera levée, l'autorité achèvera de reprendre son empire. Une subordination nécessaire s'établira dans tous les degrés de l'administration, les liens de la discipline sociale se resserreront et les factions perdront leur arme la plus redoutable quand elles ne pourront plus propager la défiance entre les pouvoirs comme entre les citoyens, ni

supposer des réticences dans les déclarations les plus franches, des arrière-pensées dans les plus fermes résolutions.

Quand on insiste pour obliger le Gouvernement à se déclarer provisoire, on ne s'aperçoit pas que l'on affaiblit l'autorité à laquelle on prescrit en même temps d'être forte. On obscurcit le langage même des lois, impuissantes à protéger un pouvoir qu'elles n'osent pas nommer. On rend indécise et flottante la notion du devoir chez les fonctionnaires de tout ordre. Une sorte d'équivoque générale enveloppe toutes les situations, comme elle atteint le Gouvernement lui-même, et l'équivoque dans le Gouvernement est un encouragement à toutes les espérances révolutionnaires. C'est ainsi que l'ordre, bien qu'énergiquement maintenu, a pu paraître menacé au milieu de la tranquillité générale. Loin d'en être surpris, il faut s'étonner au contraire qu'une nation si vive, si prompte, ait pu supporter avec calme une expérience sans exemple dans l'histoire, celle d'une société qui se relève et se fortifie en n'osant s'avouer à elle-même le gouvernement qu'elle s'est donné.

Ce sera donc, messieurs, rendre au pouvoir et à l'ordre une garantie qui leur est nécessaire, que d'ôter au gouvernement l'apparence d'un problème sans solution, en organisant résolument la République. Si des partis osent ensuite menacer la société, l'énergie que nous opposerons à leurs attaques ne sera plus soupçonnée de servir les vues suspectes d'une réaction, quand nous marcherons, enseignes déployées, pour la définition de la République conservatrice.

La pensée générale de la législation que nous venons vous soumettre, c'est donc en évitant toute proclamation fastueuse, l'organisation positive et pratique du gouvernement républicain, comme découlant naturellement et nécessairement de l'état présent des choses.

Les institutions fondamentales sur lesquelles doit reposer ce gouvernement n'ont pu être pour nous l'objet d'une longue recherche. La loi du 13 mars avait décrété d'avance qu'il y aurait deux chambres, et une opinion presque unanime avait décidé que le pouvoir exécutif serait remis dans une seule main. C'était donc un article écrit pour ainsi dire d'avance que celui qui porte que notre gouvernement se compose d'un Sénat, d'une Chambre des représentants et d'un Président de la République.

Si l'existence de la première de ces deux Assemblées pouvait encore être remise en question, il serait facile de rappeler quels graves motifs en démontrent la nécessité. Dans tout État libre, surtout dans toute république, dans toute démocratie, le grand danger est l'entraînement, et à la suite de l'entraînement la précipitation. On s'y décide souvent par passion plus que par conseil. Aussi l'art de tous les fondateurs d'un régime populaire a-t-il été d'y introduire la maturité dans les délibérations, d'opposer au mouvement de l'opinion publique le contrôle permanent de l'expérience, et l'on trouverait difficilement dans l'histoire, même en remontant jusqu'à l'antiquité, une constitution qui n'ait point placée à côté ou au-dessus de l'opinion populaire quelque corps constitué destiné à la diriger ou du moins à la tempérer, et à ralentir son action. Partout, on a senti le danger d'un pouvoir unique et sans contre-poids. Quelle que soit sa forme et son origine, il dégénère en despotisme. Tous les pays libres de l'Europe ont deux Chambres. La Convention nationale, éclairée par une terrible expérience, introduisit la première en France cette dualité nécessaire, et tandis que la sagesse britannique couvre le monde de colonies admirablement libres où cette double garantie est soigneusement consacrée, chacune des trente-six républiques de l'Amérique du Nord présente cette même division de la législature, qui, au sommet de l'édifice fédéral, se reproduit par cette institution admirée de tous les publicistes : « le Sénat des États-Unis ».

Une Assemblée dont le nom de Sénat paraît déjà définir la nature, doit au caractère représentatif sans lequel elle n'aurait nulle autorité, joindre celui d'un conseil de gouvernement.

C'est-à-dire qu'elle doit être élective comme l'autre Chambre, mais moins nombreuse qu'elle. Si donc celle-ci se compose d'environ cinq cents membres, celle-là n'en comptera guère plus de deux cent cinquante. De même, tandis que l'un s'ouvrira à la jeunesse, l'autre n'admettra que des hommes d'un âge plus voisin de la maturité. Nous vous proposons de fixer à trente-cinq ans l'âge où l'on commencera à être éligible au Sénat.

Nous venons de dire que le Sénat devait être élu. En France, la base de l'élection est aujourd'hui le suffrage universel. C'est donc du suffrage universel que le Sénat devra émaner. Mais il y a deux façons de mettre en action le suffrage universel : l'élection directe ou l'élection à deux degrés. Il se présentait de fortes raisons pour essayer en faveur du Sénat ce dernier système. Il se recommande par la préférence qui lui a été donnée la première fois que l'établissement régulier a été tenté parmi nous, et ce sont également des assemblées élues qui désignent, aux États-Unis, les membres du Sénat.

Cette manière d'organiser le suffrage universel offrait l'avantage d'introduire entre les deux Chambres une différence qui paraît à la fois désirable et difficile de réaliser ; car une des objections les plus usitées contre le dédoublement de la représentation nationale, c'est qu'étant nommées l'une et l'autre par le peuple, les deux assemblées sont exposées à se ressentir de leur communauté d'origine, tout en étant destinée à être l'une la contre-partie de l'autre. On peut donc avancer que la théorie pure conseillait pour le Sénat, l'élection à deux degrés, c'est-à-dire l'élection par un collège élu lui-même par le suffrage universel.

Mais on a pensé que ce procédé passagèrement essayé, et qui n'a pas pénétré dans nos mœurs, paraîtrait une nouveauté compliquée à laquelle le pays ne s'attacherait pas et refuserait même de s'associer en donnant l'exemple si fâcheux d'absentions nombreuses. À une nation que peut lasser le retour fréquent des opérations électorales, il serait imprudent d'en imposer une nouvelle qui, n'ayant pas de résultat immédiat, risquerait de l'intéresser faiblement, de ne point l'attirer vers les urnes électorales, de façon que l'Assemblée issue d'une élection sans vie douterait d'elle-même, de sa force, et ne paraîtrait peut-être qu'un vain simulacre aux yeux de la nation qui aurait mis tant de négligence à la former. Il est hors de doute que le suffrage direct prête à ses élus une tout autre autorité, une tout autre force d'impulsion qu'un procédé savant, mais artificiel comme les deux degrés. Nous voulons assurer au Sénat un rang et une puissance qui ne permettent pas de voir en lui l'inférieur de l'autre Chambre : ainsi, nous nous sommes décidés à lui assigner la même origine. Le Sénat sera élu directement au suffrage universel.

C'est ailleurs que dans la base électorale que nous avons cherché les différences qui marqueront le rôle spécial auquel il est appelé. Déjà nous avons indiqué pour l'éligibilité un minimum d'âge supérieur de dix ans à celui qui serait exigé des représentants. Puis, tandis que l'élection de ces derniers paraît avoir pour principal objet la représentation du nombre, nous avons pensé que pour l'élection sénatoriale, on devait beaucoup moins tenir compte du chiffre des populations. Nous voyons dans le sénateur le représentant de cette unité morale dont le temps a fait une unité historique, le département, sans tenir aucun compte de l'inégalité numérique des populations. C'est ainsi qu'aux États-Unis, tandis que le nombre des représentants est proportionnel à la population, chaque État est représenté au Sénat par deux sénateurs. Nous vous proposons d'attribuer à chaque département le droit

d'élire, par scrutin de liste, trois sénateurs. Ce qui porterait le nombre des membres de cette assemblée à 258, élevé à 265 par l'adjonction du territoire de Belfort, de l'Algérie et des colonies.

Mais, comme il importe de conserver à l'Assemblée dont il s'agit, ce caractère vraiment sénatorial qui consiste dans l'autorité de l'expérience, il est indispensable qu'elle soit exclusivement choisie parmi ceux qui en offrent les signes au moins apparents et que la durée des fonctions de ses membres assure au corps entier une sorte de permanence. Les sénateurs ne devront être choisis que dans certaines catégories de citoyens, dont la plus importante sera celle des anciens représentants ; et l'Assemblée devra durer dix ans, en se renouvelant par cinquième tous les deux ans.

Elle aura d'ailleurs les mêmes attributions législatives que la Chambre des représentants, mais sans doute vous trouverez utile d'y ajouter quelques attributions judiciaires. Il semble que nul tribunal ne serait plus propre que le Sénat à juger les procès intentés contre les principaux dépositaires de la puissance publique, tels que le président d'abord, puis les ministres et les généraux en chef des armées de terre et de mer.

La constitution de la Chambre des représentants offre un problème beaucoup plus simple. Un nombre d'environ 500 membres sera élu directement par le suffrage universel. Le fonctionnement de ce système électoral, les conditions de la capacité d'élire et d'être élu donnent naissance à de nombreuses questions qui doivent être réglées par la loi des élections et qui ne trouvent pas place ici. Une seule question nous a paru devoir être immédiatement tranchée par la loi qui pose les bases principales de nos prochaines institutions. En ouvrant l'entrée de la seconde chambre à tout citoyen âgé de vingt-cinq ans, pourvu qu'il soit électeur, nous devons dire, dès à présent, la raison qui nous a déterminés en fixant le nombre des représentants. Cette raison, la voici. Il y aura autant de représentants que d'arrondissements électoraux. Ces arrondissements seront d'abord tous les arrondissements administratifs qui éliront chacun un représentant, ce qui donnerait déjà un total de 362. Puis tous ceux de ces arrondissements dont la population excède cent mille âmes, seraient divisés par la loi en circonscriptions électorales, à chacune desquelles une élection serait attribuée, de manière à ce que chaque arrondissement administratif aurait au moins un député, et que les plus peuplés en auraient un ou plusieurs, selon l'importance de leur population. Ce procédé, avec l'adjonction des députations françaises étrangères à l'Europe porterait la Chambre des représentants au chiffre de 537.

Ce système, qui paraîtra nouveau, a cependant en d'autres temps été recommandé, après de mémorables discussions, par les plus hautes autorités, et une assez longue expérience en a montré tous les avantages. Ces avantages sont tels que nous n'avons pas hésité à le préférer au système plus récemment admis du scrutin de liste.

Nous devons d'abord remarquer que, dans tous les pays célèbres pour leur liberté, on se garde de donner à élire une députation nombreuse à chaque corps électoral. La « loi américaine », dit un écrivain qui fait autorité (M. Laboulaye, t. III, 14^e leçon), « veut qu'on ne nomme jamais qu'un député à la fois ; il n'y a pas de scrutin de liste... il faut que les électeurs ne choisissent qu'une personne et connaissent bien la personne qu'ils choisissent. »

S'il est, en effet, en matière d'élection, une idée simple et incontestable, c'est qu'il importerait que l'électeur agit avec discernement. Si cette condition ne peut être entièrement remplie, elle sera plus près de l'être, quand on peut s'assurer qu'il

connaîtra au moins de réputation celui auquel il donne ou devrait donner sa confiance avec sa voix. Or, l'électeur et l'élu se connaîtront d'autant mieux l'un l'autre, qu'ils seront plus rapprochés, et ce rapprochement est d'autant plus nécessaire que le corps électoral est plus nombreux. Plus l'élection est populaire, plus il est à craindre que ces conditions ne soient pas remplies, et c'est à la loi d'y pourvoir. Elle n'y pourvoit nullement en autorisant le scrutin de liste, lorsque les députés à élire sont nombreux. Il soumet, ou plutôt il impose à des masses qui les ignorent une suite infinie de noms désignés arbitrairement tantôt par les partis, tantôt par l'autorité, et les masses sont obligées de les accepter sur parole, de les adopter avec une aveugle indifférence, à moins qu'à la voix d'un parti, elles ne cèdent à ces passions politiques qui sont une autre espèce d'aveuglement. Dans un pareil système, la plupart des électeurs votent l'inconnu. Les candidats dont les noms parviennent souvent pour la première fois aux oreilles de la population ne se recommandent plus par la réputation acquise, par la notoriété locale, par des antécédents qui aient eu le public pour témoin. Leur seul titre est l'adoption de leur nom par un comité central qui ne tient nul compte des diversités d'opinions et d'intérêts que présente un département dans toute son étendue. Le vœu des minorités n'a aucune chance de se faire jour et l'esprit de parti domine sans résistance. Dans notre opinion, une grande partie des critiques dirigées contre notre système électoral doivent être adressées au scrutin de liste.

Il n'en est pas de même de l'élection par arrondissement. Elle est favorable aux influences permanentes de la société. Elle leur fait une juste part dans la représentation qu'elle rend plus complète et plus vraie. Elle sert le suffrage universel en l'éclairant davantage sur ses choix. La volonté des électeurs est plus libre, leur choix plus spontané ; et il se forme entre eux et leurs élus un lien plus étroit, plus intime. Le plus souvent, ils sont connus dès longtemps, et ils ne deviendront pas étrangers les uns aux autres, après l'expiration du mandat. Aussi les devoirs du mandataire auprès de ses commettants s'imposent-ils à lui d'une manière plus distincte. Il a besoin de conserver toujours ses droits à leur estime et l'honneur de son avenir dépend de la conduite qu'il aura tenue pendant la durée de son mission. Lui aussi il ménage la popularité, mais la bonne, la vraie, la popularité durable.

Le Gouvernement recommande donc avec insistance à l'attention de l'Assemblée l'élection par arrondissement. Il y voit le moyen le plus efficace d'écarter les inconvénients que l'on a pu reprocher à la pratique ordinaire du suffrage universel, et la meilleure digue à opposer à ces entraînements de l'opinion qui inspirent de si vives alarmes. Il ne fait aucune difficulté de déclarer que si le système qu'il propose n'était pas adopté, il regarderait comme sérieusement compromis le succès de l'œuvre de réorganisation politique que vous allez entreprendre.

Telle est donc la constitution de la Chambre des représentants. Ses membres seront élus directement par le suffrage universel, chacun dans une circonscription spéciale. La Chambre sera renouvelée intégralement tous les cinq ans.

Il nous reste à vous entretenir, messieurs, du pouvoir exécutif. C'est là une question qu'on a regardée longtemps comme la plus grave difficulté de l'institution d'une République dans les grands États. Heureusement, de nombreux exemples, notre propre expérience, et surtout les nécessités qui pèsent sur un vieux et important pays comme le nôtre, celles enfin qui dérivent de sa position géographique, lèvent les principaux doutes qui ont rendu longtemps la science incertaine. Ainsi l'on ne conteste plus que le pouvoir exécutif tout entier, ce grand ressort du Gouvernement, doive être commis à un magistrat unique dont l'origine soit élective, la responsabilité réelle, la mission temporaire. Nous vous proposons de fixer à cinq ans la durée du pouvoir du Président de la République. Il devra avoir au moins

quarante ans ; il sera rééligible. Il nous semble que tous ces points sont hors de discussion.

Ses attributions ne donneront pas lieu à de beaucoup plus longs débats. Elles avaient été fixées de manière satisfaisantes par la Constitution de 1848. Plus encore qu'aucun texte de loi, les habitudes et les besoins de la France obligent à concentrer dans les mains du premier magistrat des pouvoirs très étendus et très divers, qui sont localisés sans inconvénient en d'autres pays. Mais parmi nous l'unité d'action du Gouvernement est la condition absolue du salut public. C'est là encore un point sur lequel nous ne prévoyons pas de grandes contradictions.

Cependant, il est une attribution nouvelle qu'il nous paraît indispensable de mettre au rang des droits du pouvoir exécutif, et qui a besoin d'être justifiée. On a pu voir que les conditions du régime parlementaire étaient entrées dans nos mœurs à ce point que nous étions obligés de les transporter dans la République plus complètement peut-être que ne le comporterait la théorie, bien plus assurément que ne l'admet l'Amérique. Ici nous sommes contraints de nous écarter de ce modèle des institutions républicaines dans les temps modernes. C'est que la France a besoin d'être gouvernée bien davantage. Le citoyen français ne se croirait pas en sûreté, si la puissance publique pratiquait sans restriction la maxime célèbre : « Laissez faire, laissez passer ». Il faut qu'elle porte partout la main et sa responsabilité s'accroît dans la même proportion que son intervention nécessaire. Si la tranquillité est troublée dans un village, il en est demandé compte au pouvoir central. Aussi la présence des ministres et quelquefois du Président de la République sont-elles nécessaires dans les Chambres qui peuvent forcément devenir une arène où l'on se dispute le pouvoir.

Si la liberté gagne quelque chose à cette perpétuelle mise en question de l'existence des cabinets, la stabilité, la constance de direction la suite des affaires peuvent y perdre, et les ambitions incessamment excitées par la chance du succès, peuvent entraîner à leur suite des assemblées dont elles excitent les passions. La proie offerte à l'esprit de parti en redouble d'ardeur, et il est impossible de s'assurer que jamais la Chambre des représentants, soit par des résolutions téméraires, soit par une résistance systématique, soit par des agressions acharnées, ne finira pas par égarer la politique, paralyser l'action du pouvoir et mettre en question l'existence même du Gouvernement ; il faut un remède à ce mal ; il faut une précaution contre ce danger possible. La monarchie constitutionnelle l'a trouvé dans le droit de dissolution. Cette faculté suprême, exercée à propos, peut redresser les écarts de l'opinion, ralentir ses mouvements précipités, forcer enfin le pays à réfléchir, tout en lui laissant le dernier mot.

Pourquoi n'emprunterions-nous pas à la monarchie son remède quand nous pouvons craindre les mêmes maux qu'elle ? Une dissolution n'est, après tout, qu'un appel au pays, une occasion nouvelle qui lui est donnée de manifester sa volonté. Rien donc n'empêche d'introduire ce droit conservateur de tous les autres droits dans un ordre des choses de fraîche date, où ils courent le risque d'être parfois méconnus. Mais, nous en concevons, le pouvoir exécutif qui sera le premier à souffrir de l'atteinte portée à la bonne direction des affaires, qui le premier s'apercevra de la nécessité de la rétablir, ne saurait être investi de la prérogative supérieure et vraiment royale de dissoudre à volonté la Chambre des représentants. C'est sans doute à lui de reconnaître la nécessité d'une telle mesure, à lui que doit en appartenir l'initiative. Mais, après qu'il l'a proposée, il ne reste que le Sénat qui puisse être revêtu du droit de la sanctionner. Il en usera avec autorité, parce qu'il n'en usera qu'avec réserve. C'est un corps en quelque sorte permanent, du moins insen-

siblement renouvelable, supérieur aux émotions du moment et qui saura bien apprécier ce que les circonstances exigent ou comportent, et distinguer le cas où le pouvoir exécutif en entrant en lutte avec la Chambre des représentants obéit à un véritable intérêt public, des cas où il cède à l'impatience du frein. La dissolution confiée au Sénat sur l'initiative du Président nous paraît, dans un pays tel que le nôtre, une des conditions indispensables du salut de l'ordre constitutionnel dans ces jours d'orage qu'il faut prévoir si l'on veut les éviter. Ne négligeons pas de nous munir de vaisseaux d'ancres de miséricorde pour le soutenir contre la tempête.

On demandera si les précautions que nous proposons contre les écarts de la Chambre des représentants ne pourraient être prises également contre les erreurs du Sénat. Il faut considérer que cette assemblée, par sa composition, par l'esprit de suite que son organisation lui assure, ne sera pas sujette aux actes d'une fièvre populaire. D'ailleurs, et c'est la raison décisive, une assemblée soumise tous les deux ans à un renouvellement partiel est destinée à se modifier graduellement et à échapper à ces changements brusques qui troublent inopinément le cours tranquille de la vie des peuples.

Mais pour que le Président de la République pût être mis en possession d'une aussi grande prérogative que le partage et l'initiative du droit de dissolution, il fallait que, par son origine, son pouvoir eût une véritable indépendance. Il ne peut être le délégué d'une seule Assemblée, ni même de deux Assemblées réunies. Il descendrait ainsi au rang d'une autorité subordonnée.

Trois modes d'élections à la Présidence peuvent être proposés.

Le premier est l'élection directe par le suffrage universel. Ce mode déjà éprouvé n'a pas laissé un souvenir qui le recommande.

Il est évident qu'il confère à un pouvoir responsable devant les Chambres une supériorité morale sur ces Chambres mêmes. Le suffrage universel concentré sur un seul homme fait de lui comme une personnification de la souveraineté nationale. Une telle inégalité ne saurait être sans danger introduite entre les pouvoirs publics.

C'est ici qu'il faudrait au moins recourir aux deux degrés d'élection. Tel est le mode employé aux États-Unis où des électeurs nommés dans chaque État en nombre égal à celui de ses représentants et de ses sénateurs au Congrès, votent pour l'élection du Président. Si aucun candidat n'a la majorité voulue, la Chambre des représentants, votant par État, choisit entre les trois noms qui ont eu le plus de voix.

Nous avons d'abord penché pour une imitation de ce système, et sans doute elle pouvait être justifiée par plus d'un spécieux argument. Mais nous avons considéré que, sous des apparences différentes, ce procédé n'était à beaucoup d'égards qu'une reproduction déguisée du suffrage direct. En choisissant l'électeur du Président futur, on ne peut s'empêcher de se poser une question unique : « Quel Président élira-t-il ? » Le mandat impératif devient la conséquence forcée de ce mode d'élection, et alors le suffrage universel désignerait indirectement, mais aussi impérativement que s'il était direct, celui qu'il appellerait à la suprême magistrature. En Amérique, on sait quel sera l' élu avant que le collège pour l'élection présidentielle ne soit assemblé.

Nous nous sommes donc décidés pour un troisième mode d'élection qui admet deux degrés, mais qui en assurant au Président une incontestable indépendance, ne le place à aucun égard au-dessus des deux Chambres et ne peut lui inspirer la tentation ni lui donner les moyens de les dominer. Suivant nous, le Président sera élu par les deux Chambres réunies auxquels le choix de chacun des conseils généraux

ajoutera trois membres élus. Cette réunion devra s'appeler le Congrès présidentiel. On remarquera que c'est encore l'élection à deux ou même à trois degrés et qu'ainsi le suffrage de la nation entière reste la source commune de tous les pouvoirs électifs.

Le Président, qui devra être âgé d'au moins 40 ans, sera élu pour cinq années comme la Chambre des représentants. Ses pouvoirs expireront au début périodique de toute législature nouvelle. Mais ils seront continués de droit pendant la période électorale, et jusqu'à ce que le Congrès présidentiel ait terminé ses opérations qui devront commencer aussitôt que les deux Chambres seront constituées.

Tel est, en substance, le projet de loi que nous soumettons, Messieurs, à vos délibérations. Nous nous sommes gardés de demander à la spéculation de hasardeuses nouveautés ; nous nous sommes arrêtés à des dispositions simples, qui rentrent dans les habitudes constitutionnelles de notre pays, et dont il nous semblait facile de prévoir les effets pratiques.

Bien convaincus que l'état des partis, que l'éternel conflit des souvenirs, des prétentions, des espérances, ne permettent pas de fonder dans notre France autre chose que la République, nous ne nous sommes pas crus cependant obligés de suivre l'esprit républicain dans ses dernières conséquences. C'eût été donner trop à l'inconnu et trop exiger de votre confiance.

Nous avons cru mieux entrer dans votre pensée en nous attachant à concentrer fortement le pouvoir et en constituant un gouvernement qui pût résister à tous les chocs et triompher de tous les obstacles. À ces conditions seulement, la République peut être conservatrice, et tant qu'elle sera conservatrice, mais pas au-delà, elle sera durable.

PROJET DE LOI

Article 1^{er}. – Le Gouvernement de la République française est composé d'un Sénat, d'une Chambre des représentants et d'un Président de la République, chef du pouvoir exécutif.

Article 2. – Le Sénat est formé de 265 membres, citoyens français, âgés de trente-cinq ans au moins, jouissant de tous leurs droits civils, politiques et de famille. La Chambre des représentants est formée de 537 membres, citoyens français, âgés de vingt-cinq ans au moins, jouissant de tous leurs droits civils, politiques et de famille.

Le Président de la République doit avoir quarante ans au moins et jouir de tous ses droits civils, politiques et de famille.

Article 3. – le Sénat est nommé pour dix ans et se renouvelle par cinquième tous les deux ans.

La Chambre des représentants est nommée pour cinq ans et se renouvelle intégralement après la cinquième année.

Le Président de la République est nommé pour cinq ans ; il peut être réélu.

Article 4. – Chacun des quatre-vingt-six départements de la France nomme trois sénateurs ; le territoire de Belfort, les départements de l'Algérie, les îles de la Réunion, de la Martinique et de la Guadeloupe en nomment chacun un.

L'élection est faite par le suffrage direct de tous les électeurs du département, du territoire ou de la colonie, et au scrutin de liste pour les départements de France.

Article 5. – Ne peuvent être élus aux fonctions de sénateur que :

- 1^o Les membres de la Chambre des représentants ;
- 2^o Les anciens membres des assemblées législatives ;
- 3^o Les ministres et anciens ministres ;
- 4^o Les membres du conseil d'État ; de la cour de cassation et de la cour des comptes ;
- 5^o Les présidents et anciens présidents des conseils généraux ;
- 6^o Les membres de l'Institut ;
- 7^o Les membres nommés du conseil supérieur du commerce, de l'agriculture et de l'industrie ;
- 8^o Les cardinaux, archevêques ou évêques ;
- 9^o Les présidents des deux consistoires de la confession d'Augsbourg qui comptent le plus grand nombre d'électeurs et des douze consistoires de la religion réformée qui comptent le plus grand nombre d'électeurs ;
- 10^o Le président et le grand rabbin du consistoire central des israélites de France ;
- 11^o Les maréchaux et généraux de division, les amiraux et vice-amiraux en activité de service et dans le cadre de réserve, les gouverneurs de l'Algérie et des trois grandes colonies ayant exercé ces fonctions pendant cinq ans ;
- 12^o Les préfets en activité de service ;
- 13^o Les maires des villes au-dessus de 100 000 habitants ;
- 14^o Les fonctions qui ont rempli pendant dix ans les fonctions de directeurs dans les administrations centrales des ministères ;
- 15^o Les magistrats en retraite, qui ont appartenu à la cour de cassation, aux cours d'appel ou qui ont rempli les fonctions de président d'un tribunal civil.

Article 6. – Les éligibles désignés aux paragraphes 1, 4 et 12 de l'article précédent déclareront dans les quinze jours qui suivront leur élection s'ils entendent accepter les fonctions de sénateurs. Leur silence équivaudra à un refus ; leur acceptation entraînera de plein droit leur démission des emplois qu'ils occupaient.

Article 7. – Chacun des 362 arrondissements de la France, y compris le territoire de Belfort nommeront un représentant. Toutefois, les arrondissements dont la population dépasse 100 000 habitants éliront autant de représentants qu'il y a de fois 100 000 habitants, toute fraction supplémentaire comptant comme 100 000 habitants.

La répartition ne pourra être modifiée qu'en vertu du recensement quinquennal de la population et par une loi.

Il est attribué deux représentants à chacun des départements de l'Algérie et un à chacune des six colonies de la Réunion, la Martinique, la Guadeloupe, le Sénégal, la Guyane et l'Inde française.

Article 8. – L'élection des représentants se fait par le vote direct de tous les électeurs de l'arrondissement. L'arrondissement qui aura le plus de représentants à nommer sera divisé en autant de sections qu'il aura de représentants. Les sections seront formées par agglomérations de cantons. Elles ne peuvent être établies et modifiées que par la loi.

Article 9. – Le Président de la République est nommé par un congrès composé : 1^o des membres du Sénat ; 2^o des membres de la Chambre des représentants ; 3^o d'une délégation de trois membres désignés par chacun des conseils généraux de France et d'Algérie dans leur session annuelle du mois d'août. Ce congrès sera présidé par le président du Sénat.

Article 10. – Lorsqu'il y aura lieu de désigner le président de la République, le président du Sénat, dans les huit jours, convoquera les sénateurs, les représentants et les conseillers généraux désignés.

Le délai pour la réunion n'excédera pas quinze jours.

Le Président de la République sera nommé à la majorité absolue des suffrages.

Le président du Sénat notifiera la nomination au Président de la République élu et au président de la Chambre des représentants.

Attributions des pouvoirs publics

Article 11. – L'initiative des lois appartient aux deux Chambres et au Président de la République.

Les deux Chambres concourent également à la confection des lois. Toutefois, les lois d'impôt sont soumises d'abord à la Chambre des représentants.

Le Sénat peut être constitué en cour de justice pour juger les poursuites en responsabilité contre le Président et les ministres, et les généraux en chef des armées de terre et de mer.

Article 12. – Chacune des Chambres est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection ; elle peut seule recevoir leur démission.

Article 13. – Les sénateurs et les représentants ne pourront être recherché, accusés, ni jugés en aucun temps pour les opinions qu'ils auront émises dans la Chambre à laquelle ils appartiennent.

Ils ne pourront être arrêtés en matière criminelle sauf le cas de flagrant délit, et poursuivis qu'après que la Chambre dont ils font partie a autorisé la poursuite.

Article 14. – Le Président de la République promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux Chambres. Il en surveille et assure l'exécution.

Il négocie et ratifie les traités. Aucun traité n'est définitif qu'après avoir été approuvé par les deux Chambres.

Il a le droit de faire grâce ; les amnisties ne peuvent être accordées que par une loi.

Il dispose de la force armée sans pouvoir la commander en personne.

Il préside aux solennités nationales ; les envoyés et les ambassadeurs des puissances étrangères sont accrédités auprès de lui.

Le Président de la République et les ministres pris soit individuellement soit collectivement, sont responsables des actes du Gouvernement.

Article 15. – Lorsque le Président de la République estimera que l'intérêt du pays exige le renouvellement de la Chambre des représentants avant l'expiration normale de ses pouvoirs, il demandera au Sénat l'autorisation de la dissoudre. Cette autorisation ne pourra être donnée qu'en comité secret et à la majorité des voix. Elle devra être donnée dans un délai de huit jours.

Les collèges électoraux devront être convoqués dans les trois jours qui suivront la notification faite au Président de la République du vote affirmatif du Sénat.

Dispositions transitoires

Article 16. – Lorsque l'Assemblée nationale aura déterminé par un vote l'époque où elle se séparera, le Président de la République convoquera les collèges électoraux pour l'élection des représentants et ultérieurement pour l'élection des sénateurs, de manière à ce que les deux Chambres puissent constituer le jour même de la dissolution.

Les pouvoirs du Président de la République dureront jusqu'à la notification du vote du congrès qui aura élu le nouveau Président.

Le Président de la République

A. Thiers

Le Garde des Sceaux,

Ministre de la Justice

J. Dufaure

Varia

**Propos sur l'empirisme procédural
dans le contrôle de constitutionnalité *a priori*
Le cas des « portes étroites »**

La saisine n'ouvre pas un contentieux ; elle déclenche une procédure qui s'inscrit dans le processus d'élaboration de la loi[.] On est toujours dans un dispositif simple sinon rustique : la loi est sur la table du Conseil constitutionnel et celui-ci est le seul acteur juridique de la procédure qui s'ensuit [...] pour une autre raison qui est que, par des règles « formelles » empruntées à celles qui gouvernent la confection de la loi et largement étrangères aux contestations contentieuses, le Conseil constitutionnel se trouvait confronté à une tâche de caractère « matériellement » contentieuse : celle de censurer le cas échéant, l'excès de pouvoir législatif[.] Sans revenir sur une question qui n'est pas près de sa solution (peut-être parce qu'elle est mal posée) on constate que le Conseil est doté d'un statut procédural qui n'est pas celui d'un juge contrôlant la régularité juridique d'une norme, mais que, comme on va le montrer rapidement, sa mission est le type même de mission juridictionnelle la plus tonique puisqu'elle porte sur la validité ou l'invalidité d'une règle de droit de niveau supérieur, c'est-à-dire sur l'existence ou l'inexistence d'un excès de pouvoir que l'on peut qualifier de « législatif »¹.

En ces termes Georges Vedel exprimait l'incertitude qui règne jusqu'à aujourd'hui sur la conception du rôle du Conseil constitutionnel. Cette conception tend d'une part à considérer le contrôle de constitutionnalité *a priori* comme une étape administrative de la procédure législative. Mais elle tend aussi d'autre part à concevoir le contrôle de constitutionnalité comme un contentieux qui a partiellement emprunté certaines techniques procédurales aux contentieux ordinaires, au premier rang desquels se trouve le contentieux administratif. Cette incertitude a influencé la procédure suivie par le Conseil constitutionnel pour le contrôle *a priori*. Ainsi, l'aveu d'insaisissabilité de la nature organique du Conseil

¹ G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996 [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i>] ; G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997 [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii>].

constitutionnel aboutissait au constat de la liberté de ce dernier dans l'organisation procédurale de l'exercice de la garantie juridictionnelle de la Constitution.

Cette liberté, d'abord défendue par l'institution elle-même², a principalement été gagnée par l'absence de formalisation de la procédure dans le contrôle de constitutionnalité *a priori*. Cela aurait pu être questionné lorsque, le 23 février 2017, le Conseil constitutionnel en tant qu'institution collégiale reconnaissait pour la première fois dans un communiqué de presse³ recevoir des « contributions extérieures », communément appelées « portes étroites » à l'occasion du contrôle *a priori*. L'institution admettait alors la participation d'entités intéressées au contrôle de constitutionnalité⁴. Dans ce communiqué, le Conseil constitutionnel affirmait également que dans la mesure où il ne s'agit pas, selon lui, de « documents de procédure, il a fait le choix de ne pas en publier le contenu ». Par ce premier communiqué, il réagissait à la fois la question de la publicité et de la procéduralisation de la participation des entités intéressées dans le contrôle de constitutionnalité. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a accepté de rendre publique « la liste des publications extérieures⁵ ». La première publication de cette liste a eu lieu lors de la décision sur la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre⁶. Dorénavant, les mémoires seront aussi accessibles⁷. Toutes ces avancées ont été décidées par des communiqués de presse.

La décision⁸ du refus de la procéduralisation a été rendue à la suite du rapport du professeur Denys de Béchillon, *Réflexion sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel*. Ce rapport été présenté au Président du Conseil constitutionnel le 21 février 2017⁹. Bien avant, des membres du Conseil constitutionnel avaient individuellement révélé l'existence de cette pratique devant lui¹⁰,

² D. DE BÉCHILLON, « Réflexion sur le Statut des “portes étroites” devant le Conseil Constitutionnel », *Les Notes du Club des Juristes*, janvier 2017 [<https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/02/Club-des-juristes-Notes-Portes-etroites-Fev-2017.pdf>].

³ Communiqué du 23 février 2017, disponible sur le site du Conseil constitutionnel [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2017-137-orga-du-23-fevrier-2017-communique-de-presse>].

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF*, n° 0074.

⁷ Communiqué du 24 mai 2019, [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/le-conseil-constitutionnel-rendra-desormais-publiques-les-contributions-exterieures-qu-il-recoit>]

⁸ Le terme ne sera pas entendu au sens juridique puisque, formellement, il n'y a pas de décision mais seulement un communiqué de presse dont l'auteur est inconnu.

⁹ Rapport de Béchillon du 21 janvier 2017, publié sur le site internet du *Club des juristes* (D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*). On trouve sur le site de *Transparency international*, « Lobbying : la position de Transparency France sur les “portes étroites” du Conseil Constitutionnel » publié le 12 avril 2017, que le Conseil constitutionnel se serait inspiré d'un rapport de Jean-Louis Nadal, « Renouer la confiance publique. Rapport au président de la République sur l'exemplarité des responsables publics », publié le 11 avril 2016. Ceci ne coïncide pas néanmoins avec les données auxquelles renvoient ledit communiqué de presse.

¹⁰ G. VEDEL, « L'accès du citoyen au juge constitutionnel, la porte étroite », *La vie judiciaire*, n° 2344, 11-17 mars 1991, p. 1, 13 et 14. Voir aussi R. BADINTER « Du côté du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2002, p. 207 ; J.-C. COLLIARD « Un nouveau Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*,

notamment en soulignant l'utilité de ces mémoires qui interviennent au stade de l'instruction¹¹, voire du délibéré¹², et qui sont utilisés par le Conseil pour soulever des moyens d'office¹³.

Or, si par ces communiqués de presse l'objectif était de démontrer une ouverture du contrôle de constitutionnalité à la société civile, on peut craindre que, à l'opposé de l'effet escompté, par l'absence de formalisation de la procédure, la question des « portes étroites » dévoile de sérieuses apories en termes d'égalité d'accès à la justice constitutionnelle.

L'association *Les amis de la terre* a déposé un recours devant le Conseil d'État pour contester l'absence de procéduralisation du contrôle de constitutionnalité *a priori*. Ce recours a été rejeté¹⁴.

Les « portes étroites » comme forme d'intervention dans le contrôle *a priori*

Alors qu'elles sont « une procédure empiriquement ouverte par le juge constitutionnel, permettant à toute personne de produire par écrit des observations juridiques soutenant la constitutionnalité de la norme déférée au Conseil constitutionnel, ou au contraire, et plus généralement en la mettant en cause au moyen de griefs d'inconstitutionnalité¹⁵ », la terminologie procédurale « d'intervention » est parfois refusée pour ces contributions fondées sur un intérêt non procéduralisé¹⁶. Pourtant, en ce qu'elles constituent l'une des premières formes de participation des tiers dans le procès constitutionnel français, elles sont l'une des modalités de l'accès au contrôle de constitutionnalité par ce qui est classiquement dénommé « intervention » dans les contentieux ordinaires. Par ailleurs, dans la mesure où leur finalité est la défense d'intérêts corporatistes et que leur admission est fondée exclusivement sur le pouvoir discrétionnaire du juge¹⁷, elles imitent la pratique nord-américaine de l'*amicus curiae* par laquelle l'apparente neutralité des mémoires censés

n° 137, 2011, p. 155-167; J.-L. DÉBRÉ, *Ce que je ne pouvais pas dire*, Paris, Point, 2017, p. 4 ; L. FAVOREU, *La Constitution et son juge. Nationalisations et Constitution*, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1982, 388 p., J. DE GUILLENCHMIDT, « La question prioritaire de constitutionnalité, un nouveau droit pour les justiciables », communication à l'atelier *Processus constitutionnel et processus démocratique, les expériences et les perspectives*, Marrakech, 29 et 30 mars 2012 [https://www.venice.coe.int/files/2012_03_29_mar/presentation_deguillenchmidt.pdf] ; P. JOXE, *Cas de conscience*, Genève, Labor et Fides, 2010, 245 p. ; N. LENOIR, « Le métier de juge constitutionnel », *Le Débat*, n° 114, 2001, p. 178-192 ; D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, p. 26

¹¹ G. VEDEL, « L'accès du citoyen au juge constitutionnel, la porte étroite » *op.cit.*

¹² G. BOUDOU, « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 97, 2014, § 31.

¹³ G. VEDEL, « L'accès du citoyen au juge constitutionnel. La porte étroite », *op. cit.*

¹⁴ Lobbying – Rejet du recours inédit des Amis de la Terre contre le Conseil Constitutionnel [<https://www.amisdelaterre.org/Lobbying-Rejet-du-recours-inedit-des-Amis-de-la-Terre-contre-le-Conseil.html>].

¹⁵ P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, p. 17, p. 253-262.

¹⁶ G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », art. cité.

¹⁷ G. CANIVET, « L'*amicus curiae* en France et aux États-Unis », *Revue de jurisprudence commerciale*, n° 2, mars-avril 2005, p. 99. En effet, dans les règles de la Cour suprême des États-Unis

éduquer le juge sur des questions de droit mais surtout de fait, permet à des groupes de défendre leurs intérêts dans un cas pendant, en alertant le juge sur les conséquences éventuelles de ses décisions à leur égard.

Le constat de l'empirisme procédural

De l'aveu des membres de l'institution, la procédure dans le contrôle de constitutionnalité *a priori* est empirique¹⁸. Georges Vedel, ancien membre du Conseil constitutionnel¹⁹, affirmait que l'absence de formalisation de la procédure qui caractérise le cours de l'examen des saisines devant le Conseil constitutionnel était un gage de liberté du Conseil constitutionnel dans l'instruction qu'aucune disposition écrite ne pourrait garantir. Il affirmait ainsi que le contradictoire était organisé non pas en droit mais en fait, et que « le respect du contradictoire [était] inorganisé mais tout de même réel²⁰ ». Toutefois, il approuvait la transparence des mémoires envoyés au Conseil constitutionnel²¹. Cette conception reposait donc sur l'idée que la procédure comporte une logique propre devant le Conseil constitutionnel, puisqu'il y a des exigences structurelles posées par le pouvoir politique (choix du juge, de sa compétence, de ses pouvoirs), mais qui ensuite déroulent, selon une expression assez abstraite, « leurs conséquences logiques²² ».

La question de la procéduralisation – entendue comme la formalisation de la procédure²³ – dans le contrôle de constitutionnalité *a priori* et celle de la transparence de ces mémoires n'est pas nouvelle. Elle a été posée dès les délibérations sur la décision *Interruption volontaire de grossesse* rendue en 1975²⁴. On trouve dans les

(Règle 37), l'exigence de formalisme de ces mémoires est à nuancer par l'imprécision du régime de leur admission ou de leur rejet.

¹⁸ G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *op. cit.* ; O. SCHRAMMECK, « Les aspects procéduraux de la saisine », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Journée d'études du 16 mars 1994, Paris, organisée par l'Association française des constitutionnalistes, Aix-en-Provence/Paris, PUAM/Economica, 1995.

¹⁹ Il a occupé ces fonctions pendant 9 ans, du 29 février 1980 au 28 février 1989.

²⁰ On peut désormais classer la littérature contentieuse en deux « écoles » : celle du pragmatisme procédural et celle du positivisme procédural. Les tenants de du pragmatisme procédural sont principalement G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif », *op. cit.* ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 32. Pour la vision opposée, voir L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 183, G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 4^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 384-387, P. AVRIL et J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle, 1^{er} octobre – 31 décembre 1988 », *Pouvoirs*, n° 49, 1989, p. 191 *sqq.* ; Th. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'homme*, n° 15, 2019 [<http://journals.openedition.org/revdh/5618>] ; C. SEVERINO, « La réglementation de l'instruction devant le Conseil constitutionnel », *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, vol. XVII, 2001, p. 87 *sqq.* L'empirisme procédural a également été critiqué par des auteurs à l'étranger : voir F.F. SEGADO, *La justitia constitucional : Une vision de derecho comparado*, t. II, *La Justicia constitucional en Francia*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 786-836.

²¹ R. BADINTER, « Du côté du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

²² G. VEDEL, « Préface », in D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd., Paris, LGDJ 2016, p. 13-15.

²³ La procédure constitutionnelle peut être entendue comme l'ensemble des règles gouvernant la recevabilité et la justiciabilité des questions de constitutionnalité.

²⁴ CC, n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi sur l'interruption volontaire de grossesse, *J.O.* du 16 janvier 1975, p. 671.

délibérations²⁵ pour la première fois cité le mémoire d'un auteur identifié, celui de Jean Foyer, et qui développe des arguments fondés essentiellement sur la Convention européenne des droits de l'Homme. Le considérant de principe de la décision²⁶ déclarant la conformité de la Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse est adopté immédiatement après la discussion sur la question d'inscrire ou non les mémoires reçus dans les visas de la décision. Cette solution n'a pas alors été adoptée. Pierre Chatenet décrivait à cette occasion l'utilité de ces mémoires comme servant uniquement à l'information du Conseil, « qui n'est pas une instance judiciaire et n'a rien d'autre à vérifier que la conformité de la loi à la Constitution ». À cette époque, la pratique des « portes étroites » n'était pas la pratique intéressée qu'elle est devenue à partir des années 1980²⁷. Toujours est-il qu'hormis le fait que cette discussion témoigne de l'utilité de ces mémoires, sinon de leur caractère fréquent, l'inscription dans les visas ne fournit aucun renseignement sur le statut procédural de ces mémoires. En effet, en aucune façon une telle inscription ne permettrait de connaître les critères normatifs qui déterminent la recevabilité et la justiciabilité de ces mémoires.

De la procédure régissant le contrôle *a priori*, hormis les articles 61, 63 de la Constitution de 1958 et l'article 56 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel de 1958²⁸, nous avons connaissance, grâce à Robert Badinter²⁹, « d'un guide interne qui régissait la procédure devant le Conseil constitutionnel » pour ce qui est du contrôle *a priori* et qui a été l'œuvre du Secrétaire général Bruno Genevois³⁰. Nous avons également connaissance d'une tentative échouée de procéduralisation de la consultation sur place des courriers conservés depuis 1992

²⁵ Compte-rendu de la séance du mercredi 15 janvier 1975.

²⁶ Avant le délibéré de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la liberté de communication, une note d'un auteur anonyme a été transmise à l'institution sans que tous les membres n'aient pu en prendre connaissance. Les recherches de G. BOUDOU, « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 97, 2014, p. 5-120, § 31, ont permis d'établir qu'il s'agissait d'un mémoire du président du Sénat, Alain Poher.

²⁷ Lors de la séance du mercredi 30 décembre 1981 (p. 1) est cité un mémoire lobbyiste de Jean Foyer, « une consultation relative au sort des administrateurs et des syndics judiciaires ». Le rapporteur note que le fait que des groupes d'intérêts se produisent devant le Conseil constitutionnel constitue un phénomène nouveau.

²⁸ G. VEDEL considérait qu'il ne s'agissait pas de règles procédurales à proprement parler, mais de « prémisses » ou d'« exigences structurelles » dont la détermination appartient au pouvoir politique (« Préface à la deuxième édition », in *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*) En effet, ces articles ne font que désigner des autorités de saisine ou le moment de la saisine. Ils ne posent finalement que des règles de répartition des compétences dans l'élaboration de la procédure.

²⁹ R. BADINTER, « Une longue marche. "Du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, Dossier « 50^e anniversaire », août 2009 [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/une-longue-marche-du-conseil-a-la-cour-constitutionnelle>].

³⁰ Ancien Secrétaire général du Conseil constitutionnel d'avril 1986 à janvier 1996.

jusqu'en 1999. Le droit de consulter sur place ces courriers a été obtenu à titre individuel par une chercheuse grâce à l'intervention personnelle de Jean-Claude Colliard³¹.

Le principal argument avancé par la juridiction elle-même³² et qui constitue la doctrine majoritaire³³ est la spécificité de l'organisation du Conseil constitutionnel, qui empêcherait la procéduralisation du contrôle *a priori*, contrôle abstrait censé se dérouler sans la présence de parties. D'un point de vue doctrinal, cette conception exprime la doctrine majoritairement réaliste, qui visait paradoxalement à renforcer la légitimité du Conseil constitutionnel dans l'architecture institutionnelle en défendant l'absence de procéduralisation du contrôle de constitutionnalité³⁴. Aujourd'hui, on s'aperçoit que cette liberté affaiblit l'image et la légitimité de l'institution aux yeux du citoyen³⁵.

Surtout, les articles 61 et 63 de la Constitution régissent la répartition des compétences entre les pouvoirs publics. Ils sont donc neutres d'un point de vue contentieux sur l'existence ou non de parties. L'article 56 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel³⁶ remplit le même rôle. Ces lois intéressent la séparation des pouvoirs et ne concernent pas le déroulement du processus du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, il ne s'agit pas de lois procédurales si on définit ces dernières à la fois d'un point de vue formel, comme un ensemble ordonné de règles qui président au fonctionnement du Conseil dans le strict exercice de sa

³¹ C. BRACONNIER, « Les sages interpellés » Quelques usages profanes du Conseil constitutionnel, » *Revue française de science politique*, 2008/2 Vol. 58, p. 197-230.

³² Jusqu'à aujourd'hui cet argument est maintenu : voir N. BELLOUBET « L'instruction devant le Conseil constitutionnel » in *Pouvoir d'instruction du juge administratif*, Collections de l'ISJPS, p.179-186

³³ G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 537 ; G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *op. cit.*, p. 57 et G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II) », *op. cit.*, p. 7. Voir pour certains Secrétaires généraux du Conseil constitutionnel : J.-É. SCHOETTL, *Mélanges Jean Gicquel : Constitutions et pouvoirs*, Paris, LGDJ, 2008, p. 537 ; M. GUILLAUME, « La procédure au Conseil constitutionnel : permanence et innovations », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois : Le dialogue des juges*, 2009, p. 519

³⁴ B. FRANÇOIS décrit les efforts des néo-constitutionnalistes visant à renforcer le droit constitutionnel comme discipline par l'identification d'une juridiction constitutionnelle. Il s'agissait ainsi de renforcer la légitimité du droit constitutionnel comme discipline par la preuve de sa juridicité (B. FRANÇOIS, « L'influence des doctrines publiciste et privatiste. Un point de vue politique », in G. DRAGO, B. FRANÇOIS et N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, colloque, Rennes, 20 et 21 septembre 1996), Paris, Economica, 1999, p. 87-103).

³⁵ L. EQUY, « Le Conseil constitutionnel est devenu un lieu important de lobbying », *Libération*, 27 octobre 2018 [https://www.liberation.fr/politiques/2018/10/27/le-conseil-constitutionnel-est-devenu-un-lieu-important-de-lobbying_1688103] ; O. PETITJEAN, « Lobbying : comment les entreprises font leur loi en influant sur le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *Bastamag*, 18 juillet 2018 [<https://www.bastamag.net/Comment-Conseil-constitutionnel-et-Conseil-d-Etat-imposent-discretement-une>] ; M. MATHIEU, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies », *Médiapart*, 12 octobre 2015 [<https://www.mediapart.fr/journal/france/121015/dans-les-coulisses-du-conseil-constitutionnel-cible-des-lobbies?onglet=full>].

³⁶ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

mission auquel est essentiellement consacré son titre II³⁷, mais aussi d'un point de vue matériel comme l'ensemble des normes régissant la succession d'actes du moment de la saisine à la décision rendue par le Conseil constitutionnel. Il est donc possible de qualifier matériellement les « portes étroites » comme élément de la procédure dans la mesure où elles font partie de l'enchaînement de tels actes, même si elles ne sont pas formellement des éléments la procédure entendue comme les « règles et des principes qui gouvernent cet enchaînement³⁸ ». De ce dernier point de vue, rien ne décrit le déroulement de cette succession d'actes dans le contrôle *a priori*³⁹. Pour ce qui est de l'existence de règles sur les archives⁴⁰, selon les mots du Commissaire du Gouvernement Guillaume Goulard, il s'agit de « règles d'organisation administrative et non [de] règles d'organisation de la procédure⁴¹. »

Dans le champ procédural du contrôle de constitutionnalité *a priori*, l'étude se limite au cas des « portes étroites », car il s'agit de l'élément de procédure qui met en jeu l'égale participation des citoyens à la détermination de leurs droits dans le contrôle de constitutionnalité, et la possibilité pour les entités représentants leurs intérêts d'accéder à la justice constitutionnelle. Toutefois, d'autres questions tout aussi importantes ne sont pas réglementées dans le contrôle *a priori*, telles que l'administration de la preuve ou encore l'expertise, l'audition ou même le contradictoire⁴². Ces éléments concernent majoritairement les droits des parties en raison du fait que le contrôle *a priori* est réputé ne pas en connaître.

Le non-respect des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme

Alors que la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité a conduit le Conseil constitutionnel à adopter un règlement de procédure conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel appuyé par la doctrine majoritaire se fonde sur l'idée que le contrôle de constitutionnalité *a priori* n'obéirait pas aux modèles procéduraux des contentieux ordinaires et que, à l'opposé des contentieux issus d'autres cultures juridiques, l'instruction obéit à un modèle inquisitoire. Partant, il n'y aurait donc ni partie ni obligation de motiver la saisine⁴³, car le contrôle de constitutionnalité serait une

³⁷ P. GONOD, « Les archives du Conseil constitutionnel : remarques sur la décision du 27 juin 2001 », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2603.

³⁸ J. NORMAND, « Procédure », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004 p. 1053.

³⁹ Selon les mots de P. AVRIL et J. GICQUEL, « Le Conseil constitutionnel a traité par préterition le contentieux de la loi, préférant s'en remettre au pragmatisme », in *Le Conseil constitutionnel*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, p. 100.

⁴⁰ Loi n° 2008-695 du 15 juillet 2008 parue au *J.O.* n° 164 du 16 juillet 2008.

⁴¹ G. GOULARD, « Le règlement des archives du Conseil constitutionnel n'est pas un acte administratif susceptible de recours, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 25 octobre 2002, Brouant », *RFDA*, 2003, p. 1.

⁴² G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif, excès de pouvoir administratif », art. cité : « indépendamment de ces considérations pratiques la logique du contrôle de constitutionnalité français écarte cette instruction et cette contradiction organisées avec, en contrepartie d'ailleurs, comme on le verra, une instruction et un débat contradictoire informels et, si l'on peut dire, "tous azimuts" ».

⁴³ G. VEDEL, « La vie judiciaire », art. cité.

procédure interinstitutionnelle. Or, en réalité, les textes qui régissent le contrôle de constitutionnalité *a priori* sont neutres sur la question de savoir s'il existe des parties dans le contrôle de constitutionnalité *a priori*, même si dans les faits est organisé un contradictoire informel par la présence des observations du gouvernement et la pénétration des intérêts dans le contrôle de constitutionnalité.

Dans ce schéma, si les groupes d'intérêts ne constituent pas des organes du contrôle de constitutionnalité, ils en sont au moins des acteurs⁴⁴. Nous retiendrons plus précisément la qualification de « parties au contrôle de constitutionnalité » en considérant que la qualité de partie entendue comme toute personne qui est dans l'instance⁴⁵ n'exclut pas celle de tiers intervenant, cette dernière étant un « degré de plus dans la qualité de partie⁴⁶ », et la partie n'étant par ailleurs pas uniquement l'acteur du procès qui lie le contentieux⁴⁷.

Sur la question de l'applicabilité de la Convention aux contentieux constitutionnels, la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) s'est gardée d'exclure par principe l'applicabilité de l'article 6 § 1 à toute forme de contentieux. Ainsi, dans l'affaire *Süssman c. Allemagne*, le Gouvernement avait invoqué les spécificités de la procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale⁴⁸, et la Cour avait alors rappelé « l'article 6 par. 1 astreint les États contractants à organiser leur système de telle sorte que leurs juridictions puissent remplir chacune de ses exigences notamment quant au délai raisonnable⁴⁹ ». Elle a alors refusé de se prononcer dans l'abstrait sur cette question et, concernant les modèles abstraits de contrôle de constitutionnalité, elle a affirmé qu'« il lui fallait néanmoins rechercher si des droits garantis aux requérants par ce texte avaient été touchés en l'espèce⁵⁰ ». Quant au champ d'application de la Convention, il est possible d'en déduire que la Cour est indifférente au modèle de contrôle de constitutionnalité.

Si l'exigence d'une lésion des droits des saisissants rend nécessaire l'application de la Convention des droits de l'homme et que le champ d'application de l'article 6 § 1 concerne les procédures dont « l'issue est déterminante pour les droits et les obligations à caractère civil⁵¹ », le caractère déterminant ne dépend pas de ce que

⁴⁴ H. CROZE, « Les organes de la procédure », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 49-62. L'auteur fait une distinction entre acteurs et organes de la procédure. L'acteur de la procédure est celui qui agit dans la procédure sans que son existence ne dépende de la procédure « toutes les personnes qui sont entendues par le juge sans être parties à l'instance »; alors que l'organe est « celui dont l'existence est prévue par la procédure ».

⁴⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique*, 2^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 743.

⁴⁶ L. CADIEU *e. a.*, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 730 « une instance peut mettre en cause plusieurs parties, soit dès l'origine (par exemple assignation par un créancier de plusieurs codébiteurs solidaires, soit en cours d'instance à la suite de l'intervention d'un ou plusieurs tiers »; voir, pour la même conception, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique*, 2^e éd., Paris, PUF, 2000; T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 13.

⁴⁷ Sur une position contraire voir B. KORNPROBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1959, p. 12.

⁴⁸ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Sussman c. Allemagne*, n° 20024/92 par. 53 à 55.

⁴⁹ *Ibid.* par. 54; Cour EDH, 23 mars 1994, *Muti c. Italie*, n° 14146/88 par. 15.

⁵⁰ Cour EDH, 26 juin 1993, *Ruiz Mateos c. Espagne*, n° 12952/87 par. 57.

⁵¹ Cour EDH, *Kraska c. Suisse*, 19 avril 1993, n° 13942/88 par. 26.

prévoient les normes réglementant le contrôle de constitutionnalité, mais de l'appréciation concrète de l'ensemble des circonstances de la cause⁵². Partant, on ne peut déduire de l'absence de réglementation du contrôle *a priori*, l'absence de droits processuels substantiels des groupes d'intérêts dès lors que le Conseil constitutionnel leur a ouvert une voie d'accès, fut-elle informelle, au contrôle de constitutionnalité; cela d'autant plus que la cour s'astreint à ne pas donner une définition abstraite de la notion de droit à caractère civil.⁵³ Ainsi, les exigences de l'article 6§1 de la Convention peuvent être applicables au contrôle abstrait dès lors qu'il connaît *de facto* la présence de parties dont les droits subjectifs sont potentiellement atteints par l'absence de réglementation du contrôle de constitutionnalité *a priori*.

L'interdépendance entre les droits procéduraux et les droits substantiels qui a été posée par la Cour, peut également être illustrée par les propos de Hans Kelsen, qui rappelait que dans le contrôle de constitutionnalité,

La question du mode d'introduction de la procédure devant le tribunal constitutionnel, a une importance primordiale : c'est de sa solution que dépend principalement la mesure dans laquelle le tribunal constitutionnel pourra remplir sa mission de garant de la Constitution⁵⁴.

En dépit du mythe de la spécificité de l'organisation du Conseil constitutionnel et du caractère atypique de sa mission, la répartition normative des compétences dans l'élaboration de la procédure ne lui confie pas la liberté d'organiser sa procédure (I). Le cas des « portes étroites » démontre que le maintien de l'empirisme procédural, parce qu'il est un facteur de liberté excessive de la juridiction constitutionnelle, est néfaste aux droits des parties dans le contrôle de constitutionnalité *a priori* (II).

I. UN EMPIRISME PROCÉDURAL CONTRAIRE À L'EXIGENCE LÉGISLATIVE D'UN RÈGLEMENT DE PROCÉDURE DANS LE CONTRÔLE *A PRIORI*

Louis Favoreu affirmait que le droit constitutionnel processuel est un droit souple, « en ce sens que son application dépend assez largement de l'interprétation qu'en donne le juge constitutionnel lui-même. Le juge constitutionnel peut apprécier lui-même et corriger, au besoin, le sens et la portée des textes législatifs qui régissent son fonctionnement⁵⁵. » L'objet de cette partie est de réfuter l'idée selon

⁵² *Ibid.* ; voir aussi, Cour EDH, 29 mars 1989, *Bock c. Allemagne*, n° 11118/84 par. 37 : « L'applicabilité de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) à l'examen d'un recours constitutionnel dépend donc du fond et de l'ensemble des données de chaque cas d'espèce ».

⁵³ Cour EDH, 26 mai 1986, *Deumeuland c. Allemagne*, 9384/81 par. 60. Selon la jurisprudence de la Cour, « la notion de "droits et obligations de caractère civil" ne peut "s'interpréter par simple "référence au droit interne de l'État défendeur" (arrêt König du 28 juin 1978, série A n° 27, p. 29-30, par. 88-89). De plus, l'article 6 (art. 6) ne vise pas uniquement "les contestations de droit privé au sens classique, c'est-à-dire entre des particuliers, ou entre un particulier et l'État dans la mesure où ce dernier a agi comme personne privée, soumise au droit privé", et non comme "détenteur de la puissance publique" [...] [L]a Cour ne croit devoir donner en l'espèce une définition abstraite de la notion de "droits et obligations de caractère civil" ».

⁵⁴ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 197 *sqq.*

⁵⁵ L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, *op. cit.*, p. 183.

laquelle le Conseil constitutionnel disposerait d'une liberté totale dans l'organisation de sa procédure, ce qui lui donnerait compétence pour organiser la participation des groupes d'intérêt dans les formes qu'il le souhaite⁵⁶. La répartition de la compétence procédurale est faite de telle sorte que l'article 63 de la Constitution confie une compétence de principe au législateur organique pour élaborer la procédure dans le contrôle de constitutionnalité (A). Sur ce fondement, le législateur organique a prescrit des formes dans la réglementation de la procédure qui s'opposent au traitement coutumier de l'intervention dans le contrôle de constitutionnalité *a priori* (B).

A. La compétence matériellement subordonnée du Conseil constitutionnel dans l'élaboration de la procédure

L'article 63 de la Constitution de 1958 dispose qu'une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations. Le titre II qui est évoqué concerne le fonctionnement du Conseil constitutionnel. Selon l'interprétation de Louis Favoreu,

l'article 56 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel [...] prévoyait l'édiction d'un règlement de procédure pour compléter l'ensemble du Titre II de ladite ordonnance, titre relatif aux différentes attributions du Conseil constitutionnel et intitulé « Fonctionnement du Conseil constitutionnel ». Il aurait donc dû y avoir un second règlement complétant le premier⁵⁷.

La compétence de principe du législateur organique dans l'élaboration de la procédure

L'ensemble des règles qui gouvernent la répartition des compétences procédurales dans le contrôle de constitutionnalité laisse paraître une compétence de principe du législateur organique dans l'établissement de la procédure et un pouvoir réglementaire subordonné du Conseil constitutionnel. Le seul pouvoir réglementaire qui bénéficie d'une protection constitutionnelle est celui qui est confié aux chambres⁵⁸ du Parlement dans l'exercice de la fonction législative. Cela produit une différence importante, qui tient à ce que seul le pouvoir d'auto-organisation des chambres repose sur une assise constitutionnelle. Ce pouvoir d'auto-organisation est d'ailleurs contrebalancé par le fait que le contrôle automatique des règlements des assemblées est déclenché par une transmission et non par une saisine.

Les articles 63 de la Constitution et 56 de l'ordonnance organique sur le Conseil constitutionnel visent à opérer un équilibre démocratique dans le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité, en ne conférant pas la compétence exclusive au Conseil constitutionnel pour l'élaboration de sa procédure. La répartition qui est ainsi opérée par l'article 63 et l'article 56 de l'ordonnance organique agit comme une mise en œuvre de la règle démocratique selon laquelle les organes institués ne peuvent délimiter l'étendue de leur propre compétence en soumettant l'exercice de la compétence procédurale du Conseil constitutionnel à une forme de contrôle démocratique. Ce contrôle est ainsi confié par l'article 63C au législateur organique,

⁵⁶ D. DE BÉCHILLON, Rapport, *op. cit.*, points 39, 54, 61 et 64.

⁵⁷ L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, *op. cit.*, p. 183.

⁵⁸ Articles 28, 44, 51-1, et 88-6 de la Constitution du 4 octobre 1958.

qui dispose en priorité de la compétence constitutionnelle d'établir la procédure. Ainsi, de la même façon qu'il a adopté la loi organique de 2008 concernant la réglementation des archives du Conseil constitutionnel⁵⁹ pour surmonter la décision du Conseil constitutionnel de 2001 réglementant ses archives⁶⁰, rien ne pourrait empêcher le législateur organique de réglementer, de circonscrire, voire d'interdire la pratique de la participation des groupes d'intérêts dans le contrôle de constitutionnalité *a priori*, sans porter atteinte à l'indépendance du Conseil constitutionnel. Dans l'exercice d'une telle compétence, le contrôle automatique des lois organiques⁶¹ pourrait dès lors apparaître comme un obstacle à la mise en œuvre effective de cette répartition des compétences. Toutefois, lors du contrôle de la loi organique en 2008, le Conseil constitutionnel avait reconnu que la réglementation des archives relevait de la mission et non du fonctionnement du Conseil constitutionnel. Partant, il décidait qu'il s'agissait d'une matière organique⁶².

De même, l'ancien rapporteur public Guillaume Goulard a interprété la compétence du législateur organique comme visant à protéger l'indépendance du Conseil par rapport aux autres organes et spécialement par rapport au Parlement⁶³. Il est également possible de considérer que l'article 56 fixe davantage les limites de la compétence du Conseil constitutionnel qu'il ne lui octroie une marge d'appréciation dans l'organisation de sa procédure⁶⁴. Cette compétence n'est cependant pas une compétence exclusive du législateur organique. En l'absence de délimitation matérielle de la notion de procédure⁶⁵, cela pourrait conduire le législateur à agir de façon omniprésente dans le contrôle *a priori* et à remettre en cause l'indépendance du Conseil constitutionnel dans l'exercice de sa mission juridictionnelle. Cette solution pourrait à l'inverse soumettre à l'activité des cours constitutionnelles aux vicissitudes des activités du pouvoir politique.

⁵⁹ Loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel.

⁶⁰ CC, 2001-92 ORGA du 27 juin 2001, Décision portant règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel, *JORF, Rec.*, p. 205.

⁶¹ Article 61 alinéa 1 de la Constitution de 1958.

⁶² CC, 2008-566 DC du 9 juillet 2008, Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel, cons. 3.

⁶³ G. GOULARD, « Le règlement des archives du Conseil constitutionnel n'est pas un acte administratif susceptible de recours, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 25 octobre 2002, Brouant », *RFDA*, 2003, p. 1.

⁶⁴ F. DONNAT et D. CASAS, « La juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître de la décision par laquelle le Conseil constitutionnel établit un règlement intérieur fixant les modalités d'accès à l'ensemble de ses archives », *AJDA*, 2002, p. 1332.

⁶⁵ Seule la lecture de l'article 56 de l'ordonnance organique nous renseigne sur ce que matériellement peut contenir une procédure, par son renvoi au titre II de l'ordonnance. Il apparaît que la procédure s'entend de ce qui relève du fonctionnement de l'institution. Le champ de cet article n'est donc pas suffisamment défini. À la lecture de l'ensemble des règlements des cours constitutionnelles européennes, il apparaît que la notion de procédure est une notion polyforme ne permettant pas de déterminer matériellement l'étendue de la compétence du législateur organique en matière procédurale puisque les notions de fonctionnement peuvent être utilisés de façon synonyme à celle d'organisation.

Le pouvoir réglementaire subordonné du Conseil constitutionnel

La lettre de l'article 56 de l'ordonnance organique de 1958, qui dispose que le Conseil constitutionnel « complètera par son règlement intérieur les règles de procédure « applicables devant lui », crée simplement un pouvoir réglementaire subordonné du Conseil constitutionnel dans l'élaboration de la procédure. La même interprétation a été retenue par François Luchaire dans son commentaire de l'article 63 de la Constitution⁶⁶. En effet, le Conseil constitutionnel a assez tôt jugé que la loi organique ne pouvait pas renvoyer à une autorité le soin de déterminer ce que la Constitution a placé dans le domaine de la loi organique⁶⁷. L'article 56 de l'ordonnance organique n'opère donc pas de délégation au Conseil constitutionnel, mais seulement une fonction de compléter le règlement de procédure⁶⁸ qui est une fonction exécutive. La compétence prévue par la loi organique est partant un exercice du pouvoir réglementaire d'exécution du Conseil constitutionnel dans la mesure où il n'intervient que pour préciser et compléter les dispositions législatives de façon à rendre possible l'exécution concrète, sur invitation expresse du législateur organique⁶⁹, des dispositions organiques et constitutionnelles régissant la saisine du Conseil constitutionnel. Cette subordination à la loi est celle dans laquelle se trouve la majorité des cours constitutionnelles européennes dans l'exercice de leur compétence procédurale.

La notion de pouvoir d'exécution implique alors une obligation à la charge de son titulaire qui repose sur la supériorité normative de la loi sur ses textes complémentaires⁷⁰.

L'identification d'un pouvoir d'exécution conduit nécessairement à interroger l'existence d'une sanction pour défaut d'exécution puisque cette dernière conditionne l'exercice effectif de la compétence législative procédurale du législateur organique. En effet, si l'on fait l'analogie avec le pouvoir réglementaire d'exécution qui est confié aux organes gouvernementaux, certains auteurs ont pu assimiler le défaut d'exécution à l'exercice d'un veto sur les normes législatives⁷¹.

⁶⁶ F. LUCHAIRE, « Article 63 », in F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT (dir.), *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, 3^e éd., Paris, Economica, 2009, p. 1482-1483.

⁶⁷ CC 20 janvier 1972, Loi organique modifiant certaines dispositions du titre II de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires, cons. 4.

⁶⁸ C'est également l'interprétation de l'article 56 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel qui a été retenue par le Commissaire du Gouvernement G. Goulard dans ses conclusions sur l'arrêt Brouant. Pour une interprétation contraire, voir F. JACQUELOT « Les règlements des cours constitutionnelles européennes face au juge, à propos de l'arrêt Brouant du 25 octobre 2002 », *AJDA*, 2002.

⁶⁹ Cela va à l'encontre de la conception restrictive de la notion d'exécution et de pouvoir réglementaire sous la V^e République qui est critiquée A.-M. LE BOS-LE POURHIET, « Pouvoir réglementaire », in O. DUHAMEL (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 783-785. L'auteur souligne en effet que, en droit constitutionnel français, il y a une définition étroite à la fois de la notion de pouvoir exécutif et de pouvoir réglementaire qui aboutit à ce que le pouvoir réglementaire ne soit entendu qu'au sens de l'exécution des lois et qu'inversement le pouvoir exécutif ne puisse être exercé que par la voie réglementaire.

⁷⁰ M. GUIBAL, « Le retard des textes d'application des lois », *RDP*, 1974.

⁷¹ *Ibid.*

Si une telle constatation ne peut être faite concernant le contrôle de constitutionnalité dans la mesure où le législateur n'exerce que marginalement sa primauté en matière procédurale, il est possible d'identifier une sanction juridique qui est celle d'une substitution du législateur organique dans l'exercice de l'élaboration de la procédure comme cela avait été le cas en 2008 lorsque le Conseil avait cru à tort pouvoir élaborer le régime de ses archives (voir *supra*).

Toutefois, le champ d'application de son pouvoir réglementaire est difficile à déterminer. Matériellement la notion de procédure n'est définie que par renvoi au titre II sur le fonctionnement du Conseil comprenant les chapitres I^{er} et II qui concernent les dispositions communes⁷². Parmi les dispositions de cette ordonnance, il existe une matière à l'article 18 alinéa 1^{er} dans laquelle la compétence de régler les contributions extérieures pourrait trouver son assise. Cet article énonce que, « lorsqu'une loi est déférée au Conseil constitutionnel à l'initiative des parlementaires, le Conseil est saisi par une ou plusieurs lettres comportant au total les signatures d'au moins soixante députés ou soixante sénateurs. » Il s'agit donc de dispositions qui régissent la recevabilité de la saisine et que le Conseil constitutionnel pourrait compléter en rajoutant la possibilité d'observations extérieures. Ainsi, nous ne partageons pas la position selon laquelle la réglementation des observations extérieures seraient une procédure inconstitutionnelle dans la mesure où elle ne contrevient pas aux règles qui gouvernent la recevabilité des questions de constitutionnalité telles que prévues à l'article 61 de la Constitution. De même, le caractère incident des « portes étroites » en tant que modalités de l'intervention coïncide avec le caractère accessoire de la compétence du Conseil constitutionnel de prévoir des règles dérogatoires à sa procédure⁷³.

B. La compétence formellement limitée du Conseil constitutionnel dans l'élaboration de sa procédure

Si le traitement empirique de la participation des groupes d'intérêt résulte nécessairement du fait qu'aucun règlement de procédure n'a été adopté pour le contrôle *a priori*⁷⁴, l'article 56 de l'ordonnance de 1958 exige un règlement intérieur lorsque le Conseil constitutionnel complète la procédure dans le contrôle *a priori*. Eu égard à cette exigence, il serait difficile de soutenir que les « portes étroites » peuvent être exclues du champ d'application de l'article 56 de la loi organique qui prévoit de telles formalités.

⁷² Le chapitre II bis : la Question prioritaire de constitutionnalité, le chapitre III : l'examen des textes de forme législative, le chapitre III bis : l'examen des conditions de présentation des projets de loi, chapitre IV : De l'examen des fins de non-recevoir ; chapitre V : De l'exercice des attributions du Conseil constitutionnel en matière d'élection à la Présidence de la République, chapitre VI : Du contentieux de l'élection des députés et des sénateurs, chapitre VII : De la surveillance des opérations du référendum et de la proclamation des résultats.

⁷³ G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », art. cité.

⁷⁴ Il l'a fait pour le contentieux électoral dans le Règlement complétant les règles de procédure édictées par le chapitre VI du titre II de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, adopté par le Conseil constitutionnel en application de l'article 56 de ladite ordonnance (J.O. du 31 mai 1959, p. 5505) et pour le contentieux *a posteriori* dans la Décision 2010-117 ORGA du 4 février 2010, Décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

Même si, de l'aveu même de l'ancien Secrétaire général du Conseil constitutionnel, « il s'agit [...] d'une procédure essentiellement coutumière à la différence du contentieux électoral objet d'un règlement intérieur du Conseil », au terme de l'article 56 de la loi organique, l'organisation coutumière de l'intervention semble prohibée. Cela réfute l'idée avancée dans le rapport de Béchillon selon laquelle « puisque rien n'est dit à son sujet [celui des « portes étroites »], rien n'est expressément interdit et tout est *a priori* possible ». Cet argument reprend celui du Doyen Vedel qui supposait que l'absence de procédure qui caractérise le cours de l'examen des saisines devant le Conseil constitutionnel était un gage de liberté du Conseil constitutionnel dans l'instruction qu'aucune disposition écrite ne pourrait garantir.

Si certaines positions doctrinales, notamment celles du droit par la coutume⁷⁵, peuvent amener à concevoir que la pratique des cours peut être légiférante⁷⁶, la formalisation de la procédure agit comme un moyen d'assurer la sécurité juridique des intervenants et des personnes dont ils portent les intérêts. Or, la légifération procédurale par la pratique des cours constitutionnelles ne permet pas de satisfaire aux exigences de clarté et d'intelligibilité du droit que le Conseil constitutionnel a contribué lui-même à consacrer concernant la loi votée par le Parlement⁷⁷.

La compétence liée du Conseil constitutionnel pour formaliser la procédure

La formulation de l'article 56 de l'ordonnance organique n'est pas équivoque en disposant que « le Conseil constitutionnel complétera par son règlement intérieur les règles de procédure applicables devant lui édictées par le titre II de la présente ordonnance ». Le Conseil constitutionnel trouve sa compétence liée par l'exigence d'un règlement pour compléter la procédure. Toutefois, la loi organique est silencieuse sur la question de savoir si un tel règlement doit être une décision au sens de l'article 62 de la Constitution, notamment par une décision ORGA⁷⁸ pour l'établissement de la procédure. La terminologie de « règlement intérieur » au sens de la « solution déterminant les méthodes et règles de travail intérieures qui doivent être observées dans le fonctionnement d'une assemblée, d'un conseil d'un organe complexe ou d'un ordre⁷⁹ » est à cet égard inadaptée, puisqu'elle signifie une obligation de publicité des règles de travail observées par la juridiction dans la mesure où sont concernés les droits des parties.

⁷⁵ G. VEDEL, « Le Droit par la coutume », *Le Monde*, 23 décembre 1968.

⁷⁶ Le système de *Common Law* distinguent par exemple, d'une part, la notion de « *practice* » entendue comme les méthodes procédurales utilisées par les cours d'équité qui procèdent selon les règles de la *Common Law* et qui sont gouvernées par des principes tels que le précédent et l'équité, et d'autre part, la notion de « *procedure* » entendue comme les règles procédurales formalisées utilisées par les *courts of law*, Voir « Practice », n° 15 c, dans B.A. GARNER (dir.), *Black's Law Dictionary*, 10^e éd, Thomson West, 2014.

⁷⁷ CC, 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes ; CC, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

⁷⁸ La réglementation de l'intervention dans la QPC a été prise dans une décision ORGA : CC, Décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, *op. cit.*

⁷⁹ « Règlement intérieur », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2000, p. 740.

L'obligation d'adopter une décision portant règlement intérieur

Il existe une ambiguïté sur les formes que doivent adopter la réglementation. Cette question, qui est interdépendante des recours contentieux ouverts contre ces « règlements intérieurs⁸⁰ », a d'abord été soulevée par le Conseil d'État lors de la question sur la réglementation des archives par la décision du Conseil constitutionnel⁸¹. Le refus du Conseil d'État de les contrôler en invoquant la rattachabilité matérielle du règlement des archives à l'activité du Conseil constitutionnel⁸² a amené la doctrine à envisager plusieurs qualifications, comme celles de mesures d'ordre intérieur⁸³, d'actes de gouvernement⁸⁴ ou à interroger leur appartenance à la catégorie des décisions du Conseil constitutionnel relevant de l'article 62 de la Constitution et qui seraient revêtues de l'autorité prévue à l'article 62 de la Constitution. Concernant la dernière hypothèse, l'article 56 de l'ordonnance portant loi organique ne renvoie pas expressément à l'article 14 de la même ordonnance qui dispose que « les décisions et les avis du Conseil constitutionnel sont rendus par sept conseillers au moins, sauf cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal. ». Une décision au sens de l'article 14 de cette ordonnance ne semble donc pas être exigée.

L'insuffisance d'un communiqué de presse, pour réglementer l'accès à la justice constitutionnelle

La décision de n'assurer ni la transparence ni la procéduralisation des « portes étroites » est présentée dans le communiqué de presse cité, lequel contient des mesures qui décident de leur statut procédural. Ce communiqué énonce que le « Conseil constitutionnel peut recevoir aussi des “contributions extérieures” », et que de telles contributions « n'ont pas le caractère de documents de procédure ».

Or, un communiqué de presse était insuffisant pour régir une telle matière. Si certains communiqués de presse ont pu intéresser le contentieux constitutionnel et plus spécifiquement l'organisation interne du Conseil constitutionnel comme l'aménagement des locaux pour la publicité des audiences pour la QPC dont le principe avait déjà été posé par l'article 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067⁸⁵, aucun d'entre eux n'a jusqu'à présent concerné les modalités d'accès au contrôle de constitutionnalité. La situation était alors que, par ce communiqué de presse, le Conseil constitutionnel a officiellement ouvert une voie d'accès au contrôle de constitutionnalité sans toutefois la réglementer. Ainsi, le seul document permettant de connaître la place des « portes étroites » dans le déroulement du contrôle *a priori*, en

⁸⁰ CE, Ass., 25 octobre 2002, Brouant, 235600, publié au recueil Lebon.

⁸¹ CC, 27 juin 2001, Décision n° 2001-92 ORGA, Décision portant règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel.

⁸² CE, Brouant, *op. cit.*

⁸³ A. CHAMINADE, « La juridiction administrative est incompétente pour connaître du règlement intérieur du Conseil constitutionnel organisant l'accès à ses archives », *La Semaine juridique. Édition générale*, n° s.n., 2003, p. 85-87.

⁸⁴ L. FAVOREU, « Points de vue sur l'arrêt Brouant », *Revue française de droit administratif*, 2003, p. 8-13.

⁸⁵ Communiqué de juin 2010.

somme leur statut procédural, est un communiqué de presse dont l'auteur n'est pas précisé.

Le Conseil constitutionnel semble ainsi s'être saisi de la tendance à utiliser du droit souple pour conserver une liberté dans la réglementation du contrôle *a priori* et pour conserver le pouvoir discrétionnaire de réglementer la question éminemment politique qu'est la participation des groupes d'intérêts à l'exercice de son pouvoir normatif.

D'un point de vue contentieux, ce communiqué de presse présente au premier abord toutes les caractéristiques de « l'acte de l'Administration, incitatif qui n'impose rien, n'oblige à rien, ne contraint à rien [...] ne modifie pas l'ordonnancement juridique dans lequel il s'inscrit : il ne crée aucun droit ni aucune obligation à l'égard de ses destinataires⁸⁶ ». Cette modalité de « réglementation » est symptomatique des contentieux atypiques, dont se sont d'abord saisis d'autres organes quasi-juridictionnels que sont les autorités administratives indépendantes. Toutefois, le juge administratif a été amené à reconnaître la justiciabilité de tels actes, qui, sans être des actes administratifs unilatéraux produisent des effets dans le chef des justiciables, de telle sorte qu'ils peuvent être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir.⁸⁷ Dans le cas présent, si le communiqué de presse ne modifie pas l'ordonnancement juridique, il est en réalité impératif en ce qu'il prescrit⁸⁸, oblige⁸⁹, interdit et permet⁹⁰. Il produit des effets juridiques sur ses destinataires, à savoir les porteurs d'intérêts qui souhaiteraient participer au contrôle de constitutionnalité. Du point de vue de sa contestabilité devant le juge administratif, si le recul de la théorie de mesures d'ordre intérieur⁹¹ pouvait laisser penser que ce communiqué serait peut-être attaquant par les justiciables, le maintien de la théorie de la rattachabilité aux missions du Conseil constitutionnel développée dans l'arrêt *Brouant* laisserait peu de chance à un tel recours. Le recours des Amis de la terre a presque été rejeté par préterition par le Conseil d'État comme n'étant pas une question justiciable devant lui⁹².

L'absence d'encadrement normatif des « portes étroites » est regrettable à plusieurs titres. D'abord parce qu'une procédure établie est une condition de la légitimité du Conseil constitutionnel, celle de sa légitimité en tant que juridiction qui

⁸⁶ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 953.

⁸⁷ CE, Ass. 3 mars 1993, n° 132993, Comité central d'entreprise de la Seita : Rec. CE 1993, p. 41, concl. R. Schwartz ; AJDA, 1993, p. 199, p. 526, chron. C. MAUGÜÉ et L. TOUVET ; CE Ass., 21 mars 2016, *Soc. Fairvesta international GMBH* ; CE Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numerical*, CE, 10 novembre 2016, Marclahy, Cons. 5.

⁸⁸ Ce communiqué ouvre la possibilité de le saisir par un incident de procédure, il s'agit donc d'une réglementation positive de la saisine ainsi que d'une réglementation négative du statut de ces mémoires en affirmant qu'ils « n'ont pas le caractère de documents de procédure ».

⁸⁹ Il pose l'obligation de « porter désormais à la connaissance du public la liste des “contributions extérieures” qui lui sont adressées, en indiquant que la liste de “ces contributions extérieures” sera donc mise en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel en même temps que sa décision. »

⁹⁰ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 966-970.

⁹¹ D. TRUCHET, *Droit administratif*, 7^e éd., Paris, PUF, 2017, p. 243 ; C. CHAVET, « Que reste-t-il de la “théorie” des mesures d'ordre intérieur ? », *AJDA*, 2015, p. 793.

⁹² CE, 11 avril 2019, n° 425063, Lebon

doit être un organe qui décide de la recevabilité des recours en droit et non en opportunité. Ainsi, comme le souligne le professeur Ferdinand Melin-Soucramanien,

le crédit accordé à la juridiction constitutionnelle dépend essentiellement du respect des règles de procédure élémentaires et de la qualité des décisions qu'elle rend. Pour transposer un adage anglais bien connu, le Conseil constitutionnel ne doit pas seulement rendre la justice mais également donner l'impression que la justice a été bien rendue[.]

Sur ce point, contrairement à l'argument selon lequel « le vieux débat sur la nature – juridictionnelle ou non – du Conseil constitutionnel est aujourd'hui dépassé⁹³ », on peut soutenir que la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel n'est pas encore aboutie et l'absence de procéduralisation des « portes étroites » en témoigne⁹⁴. Le Professeur Ferdinand Melin-Soucramanien a ainsi exprimé l'idée dominante dans les systèmes de contrôle de constitutionnalité évoluant dans des cultures pluralistes (États-Unis, Canada, Inde), selon laquelle la légitimité juridictionnelle est avant tout procédurale⁹⁵. Cette idée a auparavant été défendue par certains auteurs comme Raymond Carré de Malberg, qui faisait de la formalisation de la procédure l'un des critères formels d'identification de l'acte juridictionnel en se fondant sur le fait qu'un tel acte n'a pas de nature propre. Il faisait alors reposer la différence entre l'administration et la juridiction administrative uniquement sur des différences formelles empruntées par la voie juridictionnelle. Sur ce fondement, la procédure est ce qui démontre que l'activité juridictionnelle est régie par des règles spécifiques à la fonction de juger distinctes des formes administratives⁹⁶ ou, dans le cas d'espèce, de la fonction législative.

Si l'empirisme procédural est maintenu pour assurer la liberté de l'institution défendue par certains membres de la doctrine et par l'institution elle-même, cette liberté ne peut être gagnée qu'au prix d'une atteinte aux droits procéduraux des porteurs d'intérêts qui souhaitent devenir des parties au contrôle de constitutionnalité.

II. UN EMPIRISME PROCÉDURAL DÉFAVORABLE AUX DROITS DES INTERVENANTS DANS LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ *A PRIORI*

La question qui a été jusqu'à présent centrale dans la littérature contentieuse constitutionnelle était celle de justifier la légitimité démocratique d'un organe non élu à assurer un contrôle de constitutionnalité dans une culture juridique de tradi-

⁹³ F. MELIN-SOUCRAMANEN, « La légitimité du Conseil constitutionnel : une question de procédure ? », *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 1999-4.

⁹⁴ M. Fromont a qualifié la procédure devant le Conseil constitutionnel de « peu juridictionnelle » (M. FROMONT, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2011, p. 170 *sqq.*).

⁹⁵ Th. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », art. cité, citant T.R TYLER et K. RASINSKI, « Procedural Justice, Institutional Legitimacy, and the Acceptance of Unpopular U.S. Supreme Court Decisions: A Reply to Gibson », *Law & Society Review*, vol. 25, no 3, 1991, p. 621-630.

⁹⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Éditions du CNRS, 1920, p. 764.

tion légicentriste. Ainsi, le recours à la théorie de la juridiction (voir *infra*) a longtemps servi à décrire la spécificité organique du Conseil constitutionnel. Il s'agissait d'une réflexion sur la séparation des pouvoirs dont les parties étaient absentes au détriment d'une théorie de la procédure complète.

Par ailleurs, en considérant qu'elle aboutissait seulement à des classifications doctrinales, l'identification de l'existence des éléments du procès a été sous-estimée. En effet, elle lie en réalité le juge constitutionnel dans l'organisation normative d'un tel procès, en ce que sont atteints les droits subjectifs des parties au contrôle de constitutionnalité. La théorie de la procédure, en mobilisant les notions d'action, d'instance et de juridiction permettrait alors de déceler les insuffisances des droits procéduraux des défenseurs d'intérêt dans le contrôle de constitutionnalité comme l'atteinte à l'égalité des armes dans l'accès à la justice constitutionnelle (B). Ces insuffisances découlent prioritairement de l'absence de statut procédural de l'intervention (A).

A. L'absence de statut procédural de l'intervention dans le contrôle *a priori*

Le langage processuel étant considéré généralement comme inadapté au contentieux abstrait, on trouve les « portes étroites » décrites comme des contributions extérieures, comme « une information⁹⁷ » ou « un simple document, non formalisé, par lequel ceux qui n'ont pas d'accès procédural au Conseil constitutionnel tentent de lui faire entendre une préoccupation⁹⁸ ».

La première justification qui est avancée pour dénier la qualité d'élément de procédure aux contributions extérieures est que le contrôle de constitutionnalité n'est pas un procès⁹⁹ et qu'on ne peut lui appliquer les éléments d'analyse de la théorie du procès parce qu'un contrôle défini comme abstrait est supposé se dérouler en l'absence de parties. La deuxième justification est l'inexistence d'un statut procédural formalisé des « portes étroites ». Partant, sans les confronter à tous les éléments de la théorie de la procédure, au lieu notamment de la dénomination procédurale d'intervention, les « portes étroites » ont été qualifiées par la doctrine de moyen d'information pour justifier une totale liberté du juge constitutionnel dans leur organisation et leur utilisation¹⁰⁰. Or, la dénomination d'information ne permet pas de saisir juridiquement leur statut processuel. Il s'agit d'une théorie développée en science politique étasunienne sous le nom « théorie de l'information », permettant de mesurer l'influence de l'action des groupes d'intérêts sur les votes des juges dans un modèle où les données du contrôle de constitutionnalité sont largement régies par un principe de publicité, que ce soit celle des votes des juges, les opinions dissidentes, les mémoires des parties et ceux des groupes d'intérêt¹⁰¹.

La théorie de la procédure fournit davantage de notions pour appréhender l'accès des groupes d'intérêt au contrôle de constitutionnalité par la voie des « portes

⁹⁷ Rapport, *op. cit.*, point 30, p. 27.

⁹⁸ Rapport, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Rapport de Béchillon, *op. cit.*, points 20 *sqq.*

¹⁰¹ L. SANDSTROM SIMARD, « An Empirical Study of *Amici Curiae* in Federal Court: A Fine Balance of Access, Efficiency, and Adversarialism », 27 *Rev. Litig.* 669, 674, 2008.

étroites ». Cette théorie se fonde sur trois niveaux d'analyse systématisés par Henry Vizioz. D'abord, l'action du point de vue des modalités d'accès au contrôle de constitutionnalité permet d'interroger les sources des droits subjectifs d'agir des acteurs du contrôle de constitutionnalité, en l'absence de procéduralisation du contrôle *a priori*. Elle permet notamment de confronter l'action des groupes d'intérêts avec l'exercice du droit de pétition¹⁰². Puis, la théorie de la juridiction, entendue comme la théorie qui étudie la fonction publique qui consiste à juger et des actes accomplis en vue de son exercice¹⁰³ permet quant à elle, d'envisager la question des « portes étroites » sous l'angle des conflits d'intérêts¹⁰⁴, de la privatisation de l'administration de la preuve dans un modèle d'instruction réputé inquisitoire, de la remise en cause de la légitimité experte des juges dans la justice constitutionnelle française. Mais c'est surtout la théorie de l'instance, terminologie qui se veut neutre, qui analyse le déroulement du processus de contrôle de constitutionnalité, qui permet d'analyser les « portes étroites » dans l'instruction ou de les envisager comme une modalité de l'intervention. De ce point de vue et dans la mesure où les « portes étroites » concluent « pour » ou « contre » la constitutionnalité de la loi et surtout au regard de leur caractère incident, il s'agit de véritables interventions définies comme « la demande incidente par laquelle un tiers entre dans un procès déjà engagé, de son propre mouvement (intervention volontaire) ou à l'initiative de l'une des parties en cause (intervention forcée)¹⁰⁵ ». Il en va de même des observations du gouvernement, lesquelles sont à la différence des « portes étroites », spontanément vues comme des éléments de procédure, sans disposer d'aucun statut procédural. Leur existence est donc également purement coutumière dans le contrôle *a priori*.

Les analyses de droit processuel opèrent un lien entre le statut d'intervenant et celle de partie au procès. L'intervenant ne pourrait exister que là où existeraient des parties dans un procès classique. Or, la notion doctrinale de procès est insuffisamment consensuelle pour l'exclure du droit procédural constitutionnel ou pour en faire un schéma unique de représentation de l'instance dans le contrôle de constitutionnalité. Ainsi, pour les auteurs qui défendent une conception matérielle du procès, l'existence d'un litige suffit à identifier la forme processuelle qui revêt nécessairement une forme contentieuse dans l'opposition de personnes qui portent des

¹⁰² L'article 61 de la Constitution définit limitativement, pour le contrôle *a priori*, les autorités habilitées à saisir le Conseil constitutionnel. Il est donc légitime de s'intéresser à la question de savoir si les groupes d'intérêt ont, par cet accès coutumier, une faculté de saisine ouverte par le Conseil constitutionnel. Toutefois cette hypothèse est rendue invraisemblable par le fait que les groupes d'intérêt agissent de façon incidente, et qu'ils n'ont pas le pouvoir de déclencher une saisine.

¹⁰³ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Paris, Dalloz, 2011, p. 38.

¹⁰⁴ Par exemple selon article premier du décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations du Conseil constitutionnel, « Les membres du Conseil constitutionnel ont pour obligation générale de s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions ».

¹⁰⁵ « Intervention », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, p. 447.

prétentions contradictoires et dont la résolution est ce qui constitue l'acte juridictionnel¹⁰⁶. D'autres auteurs se sont attachés à la force juridique de l'acte juridictionnel, ce qui est une forme conception matérialiste de l'acte juridictionnel¹⁰⁷. À l'inverse, ceux qui défendent la conception formaliste font dépendre l'identification de l'acte juridictionnel de l'existence d'une procédure qui organise ce litige¹⁰⁸.

L'ensemble de ces positions doctrinales sont des analyses de droit processuel qui partent de la prémisse selon laquelle la forme litigieuse ou contradictoire du litige ou encore la résolution de ce dernier est le critère d'identification de l'acte juridictionnel. Ainsi, sans avoir suffisamment questionné l'utilité du droit processuel pour le modèle concentré et abstrait de contrôle de constitutionnalité, la recherche de l'identification d'un procès constitutionnel résulte d'un processus doctrinal de naturalisation d'un modèle processuel dit traditionnel ou commun incarné par les procès civil puis administratif. Elle résulte également de la transposition de principes dits généraux qui sont censés le régir, comme la contradiction fondée sur l'existence d'un litige, d'un contentieux ou de parties. Or, le développement de formes non litigieuses de l'instance démontre que le procès dans sa dimension contentieuse, au sens de l'opposition entre plusieurs parties, n'épuise pas toutes les modalités possibles de l'instance et que l'absence d'identification de procès ne peut être un obstacle à l'identification de droits procéduraux juridictionnels. D'ailleurs, le langage de l'ordonnance de 1958 sur le Conseil constitutionnel est neutre sur ce point en exigeant simplement l'établissement d'une procédure. À l'inverse, la règle du contradictoire étant le principe cardinal de la démocratie au sens procédural du terme, d'autres organes politiques tels que le Parlement décident au terme d'une procédure fixée en partie dans le texte même de la Constitution, mais aussi par un règlement et organisent un contradictoire en l'absence de toute instance juridictionnelle.

La disjonction entre la notion de juridiction et de contentieux a été entreprise par le droit procédural. Ainsi, comme le souligne Henry Vizios dans ses *Études de procédures* :

Par notions fondamentales de la procédure il faut entendre d'abord celles de la juridiction, de l'action, de l'instance. Ces notions ont été trop souvent négligées ou superficiellement étudiées par les processualistes français. De plus, elles n'ont été envisagées par eux que sous l'angle du procès civil¹⁰⁹. Or, elles dominent toute espèce de procès¹¹⁰.

La théorie de la procédure est ainsi indépendante de la notion de procès, en ce sens qu'elle s'intéresse à la fois à l'action, à l'instance et à la juridiction, sans faire

¹⁰⁶ M. HAURIOU « Les éléments du contentieux », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, Toulouse, 1905, p. 1.

¹⁰⁷ G. JÈZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *RDP*, 1913, p. 437.

¹⁰⁸ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 764 ; L. CADIET, « Procès », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 1081.

¹⁰⁹ Il s'agit de la même conception que celle qui est exprimée par J. Pradel : « dans les pays romano-germaniques, le terme procès [...] inclut tous les actes procéduraux depuis ceux qui sont réalisés dès le début de l'enquête jusqu'à l'ultime décision judiciaire » (J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 2008, p. 181).

¹¹⁰ H. VIZIOS, *Études de procédure*, op. cit., p. 38.

dépendre leur identification des formes classiques de litige décrivant l'instance comme un processus qui n'est pas forcément litigieux et ne dépend pas des autres contentieux ordinaires. Dans cette même perspective procédurale, Marcel Waline a entrepris de distinguer l'identification d'une juridiction constitutionnelle de celle d'un contentieux constitutionnel¹¹¹. Les deux critères qu'il retient sont, d'une part, le fait que la juridiction statue en droit et non en équité et, d'autre part, un élément formel qui est celui de l'autorité de la chose jugée. Dans cette conception de la juridiction, il n'est pas nécessaire de faire trancher un litige entre parties, car il n'y a pas de jonction entre contentieux et juridiction¹¹².

Cela n'empêche ni que le Conseil constitutionnel ait pu volontairement emprunter certains éléments techniques des procès ordinaires comme l'intervention, ni que certains éléments du modèle procès civil soient spontanément identifiables dans le contrôle *a priori* avec une demande formée par l'acte de saisine et une défense assurée, *de facto*, par les observations du gouvernement, lesquelles à la différence des avis du Gouvernement devant le Conseil d'État qui servent à l'éclairer et s'en remettent à la sagesse de la Cour, contiennent bien des conclusions formées par la phrase conclusive suivante :

Le Gouvernement est d'avis que les griefs articulés dans les saisines ne sont pas de nature à conduire à la censure de la loi déférée. Aussi estime-t-il que le Conseil constitutionnel devra rejeter les recours dont il est saisi.

On peut donc identifier les traits d'un contentieux qui présente dans les faits des « affirmations contraires sur un point de droit objectif¹¹³ », quand bien même l'objet d'un tel procès est atypique.

B. Une atteinte à l'égalité des armes dans l'accès à la justice constitutionnelle

L'atteinte au droit de participation du citoyen dans la détermination de ses droits

Certains systèmes juridiques consacrent le droit d'ester en justice comme un droit de pétition politique. Par exemple, le Portugal conçoit l'action populaire comme un droit fondamental consacré dans l'article 52 de la Constitution avec le droit de pétition politique¹¹⁴. L'inscription des critères d'admission des « portes étroites » dans une procédure au sens formel est fondamentale en raison du développement de l'analyse doctrinale de l'intervention des groupes d'intérêt comme

¹¹¹ M. WALINE, « La juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1928.

¹¹² M. WALINE, « Préface », in *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1975, p. 9-15.

¹¹³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, É. de Boccard, 1921, p. 330.

¹¹⁴ C. HERVAS HERMIDA « L'expérience ibérique. Espagne, Portugal », *Le droit français à l'épreuve des expériences étrangères*, Colloque du 26 mars 2015, Centre de droit comparé, vol. 18, p. 56-59. Voir également sur cette question : G. KLEIN, « La place de l'*amicus curiae* en procédure civile française et allemande », *Droit du procès et de la preuve judiciaire*, 2009.

un moyen de la démocratie participative¹¹⁵, en ce sens qu'elles constitueraient selon les groupes eux-mêmes¹¹⁶ comme l'expression juridictionnelle leur droit de participation politique à la détermination de leurs droits constitutionnels. En effet, dans les États qui donnent une traduction juridique au pluralisme des intérêts, la réglementation de la participation des groupes d'intérêt agit comme une modalité de la réglementation, voire de l'organisation du pluralisme dans le contentieux constitutionnel¹¹⁷. Toutefois, cela implique également que la juridiction constitutionnelle, outre la formalisation des critères procéduraux d'admission de l'intervention assure les garanties matérielles procédurales susceptibles d'assurer l'égalité des armes pour se prémunir des dérives du pluralisme observées dans les systèmes juridiques qui en sont les plus familiers¹¹⁸.

Les questions posées par la garantie de l'effectivité des droits des groupes

Dans le cas des groupes porteurs d'intérêts, l'absence de réglementation porte indirectement atteinte à certains droits subjectifs des justiciables dont le premier est l'atteinte au droit d'association. Ce droit assure, notamment par ses attributs dont le droit d'ester en justice, l'effectivité du droit de revendiquer les intérêts collectifs que l'association agrège¹¹⁹.

À titre d'exemple, par la voie de l'intervention, le modèle judiciaire privé de contrôle de constitutionnalité dont l'archétype est le système étasunien, a pu

¹¹⁵ D. FELDMAN, « Public Interest Litigation and Constitutional Theory in Comparative Perspective », 55 *Mod. L. Rev.* 44 (1992) ; A. POLAVARAPU, « Expanding Standing to Develop Democracy: Third-Party Public Interest Standing as A Tool for Emerging Democracies », 41 *Yale J. Int'l L.* 105 (2016).

¹¹⁶ « Pour une Constitution citoyenne, écrite par et pour les citoyens » CETA : le Conseil constitutionnel sacrifie la démocratie, les citoyens et l'environnement sur l'auteur des intérêts commerciaux », *Blog du Plan C*, 4 août 2017 [<https://chouard.org/blog/2017/08/04/ceta-le-conseil-constitutionnel-sacrifie-la-democratie-les-citoyens-et-l'environnement-sur-l'autel-des-interets-commerciaux/>].

¹¹⁷ Entendue comme la doctrine qui s'oppose à une conception moniste du droit et qui remet en cause l'existence d'un lien consubstantiel entre l'État et ses organes et le droit. Voir H. MOUTOUH, « Pluralisme Juridique », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{re} éd, Paris, PUF, 2003, p. 1158 *sqq.*

¹¹⁸ Au Canada, la Cour suprême Canadienne dans son rapport ACCPUF, 2012 constate que l'accès au juge constitutionnel est souvent en fonction des ressources financières des requérants. Voir également l'affaire *Nouveau-Brunswick (ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G.(J.)* 119. Aux États-Unis, des moyens destinés à assurer la transparence financière de la participation des groupes d'intérêt en tant qu'*amici curiae* sont organisés par l'article 37 des *Rules of the Court*.

¹¹⁹ À cet égard, les propos de l'ancien Secrétaire général Marc Guillaume dans son commentaire du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité en 2010, alors que l'intervention n'avait pas encore été procéduralisée, révèle que la raison pour laquelle l'intervention n'a pas été inscrite au règlement de procédure tenait à la volonté d'éviter de consacrer une action de groupe constitutionnelle qui ne serait pas conforme à l'article 61-1 de la Constitution et qu'il avait l'intention de laisser la pratique se développer en la matière, comme dans le contrôle *a priori* (voir M. GUILLAUME, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *Les petites affiches*, n° 38 et *La gazette du palais*, n° 54, 23 février 2010).

s'adapter à la revendication par des associations de droits civiques ou environnementaux par essence collectifs, en consacrant des figures processuelles théorisées comme étant des requérants idéologiques (*ideological plaintiff*)¹²⁰ ou de requérants d'intérêt public (*public interest litigants*) pour distinguer les requérants qui agissent pour défendre des droits dans la sphère collective des requérants traditionnels qui réclament des droits individuels privés. À ce titre, l'opinion rendue par le juge Brennan dans un arrêt fondateur en matière de droits civiques aux États-Unis, *NAACP v. Button*¹²¹ est utile pour comprendre le rôle accordé au droit d'ester en justice des associations comme mécanisme de la démocratie participative. Il affirme ainsi :

l'association pour le contentieux est la forme la plus efficace¹²² d'association politique[...] [L]es groupes qui ne parviennent pas à atteindre leurs objectifs au Parlement se tournent fréquemment vers les cours et [...] sous les conditions renouvelées du gouvernement aujourd'hui, le contentieux peut être le seul moyen offert à une minorité ou au développement de certaines idées et [...] dans ces conditions, le contentieux peut être la forme la plus efficace d'association politique¹²³.

L'intervention a donc permis aux États-Unis une abstraction du contrôle de constitutionnalité, puisque la recevabilité a été élargie aux associations de défense d'intérêt collectifs ou transpersonnels et que l'intérêt pour agir a été éloigné de son instruction purement privée¹²⁴. Mais en même temps les doctrines de justiciabilité tirées de l'article III de la Constitution et de l'arrêt *Marbury v. Madison* (1803) sont jusque-là maintenues dans le refus de la Cour de discuter de questions théoriques ou politiques.

L'intervention, plus spécifiquement, l'*amicus curiae* a également permis le développement des droits de la pauvreté devant la Cour suprême¹²⁵.

L'atteinte à l'égalité des armes dans le contrôle a priori par la sélection naturelle des intervenants

La participation d'entités intéressées rend nécessaire la mise en œuvre de l'égalité des armes. Cette égalité conditionne l'organisation du contradictoire tant d'un point de vue quantitatif que d'un point de vue qualitatif. Sur ce point, le rapport de De Béchillon reprend les arguments de Jacques Gros qui avait posé la question du

¹²⁰ L.L. JAFFE, « The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff », 116 *U. PA. L. REV.* 1033, 1033 (1968); K.S. COPLAN, « Ideological Plaintiffs, Administrative Lawmaking, Standing, and the Petition Clause » 61 *Me. L. Rev.* 377 (2009).

¹²¹ *Nat'l Ass'n for Advancement of Colored People v. Button*, 371 U.S. 415, 431, 83 S. Ct. 328, 337, 9 L. Ed. 2d 405, 1963.

¹²² Efficace au sens où, par exemple, les *amici curiae* n'interviennent que rarement devant les juridictions nationales ou les juridictions inférieures où sont débattues des questions de droit subjectif, ils n'interviennent qu'au stade où le cas a atteint la Cour suprême et où sont débattues des questions de droit objectif.

¹²³ *Nat'l Ass'n for Advancement of Colored People v. Button*, *op. cit.*

¹²⁴ *Association of Data Processing Service Organizations v. Camp* (397 U.S. 150 (1970)).

¹²⁵ G.F. SMITH, B.E. TERRELL, « The Amicus Curiae: A Powerful Friend for Poverty Law Advocates », 29 *Clearinghouse Rev.* 772 (1995)

caractère contradictoire des procédures¹²⁶ après les débats concernant la loi de nationalisation de 1982, affirmait que le caractère contradictoire de la procédure ne paraît pas utile en l'absence de parties et que le Conseil constitutionnel se trouve dans l'obligation de statuer dans des délais brefs.

Concernant les effets potentiellement dilatoires de l'organisation d'un contradictoire, il est difficile de concevoir dans quelle mesure la procéduralisation et la transparence des « portes étroites », à l'inverse du système actuel, devraient avoir un effet dilatoire sur le jugement des questions de constitutionnalité. Cela revient à admettre qu'actuellement le filtrage de la participation des groupes d'intérêt se fait par une forme de sélection naturelle, à savoir la méconnaissance, par certains groupes d'intérêt, de l'existence de cette faculté qui leur est donnée d'accéder au prétoire du juge constitutionnel. Il s'agit d'un aveu que le système actuel des « portes étroites » repose sur les inégalités de l'accès à la justice¹²⁷. L'effet potentiellement dilatoire est d'autant plus contestable que, aux États-Unis, la réglementation de l'*amicus curiae* avait eu pour effet de diminuer drastiquement leur nombre devant la Cour suprême¹²⁸.

La recherche de l'égalité des armes s'entend aussi bien de la recherche de l'égalité des moyens juridiques (procédure, organisation de l'indépendance de la Cour) que non juridiques (les éléments techniques de la représentation d'intérêts tels que le financement privé ou public du représentant d'intérêt qui déterminent leur marge de représentation). L'égalité des moyens est celle qui tient compte des circonstances spécifiques, « les circonstances de fait particulières à l'affaire¹²⁹ ». Partant, elle ne peut être objective que si elle prend en compte « tous les éléments qui déterminent l'adoption et l'application des règles¹³⁰ » de procédure. Dans le cas d'espèce, ces éléments tiennent principalement à la hiérarchie qui existe dans le système juridique français entre intérêt public et intérêts particuliers¹³¹ ou encore le fait que la nomination politique des membres et du Secrétaire général du Conseil, tributaire du fait majoritaire, est un sérieux obstacle à la réalisation du pluralisme

¹²⁶ Compte-rendu de la séance du 11 février 1982, disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

¹²⁷ Entretien téléphonique réalisé le 4 avril 2017 avec l'association « les amis de la terre » intervenante lors de la décision sur le devoir de vigilance des entreprises. L'association affirme que « C'est au travers de cette coalition de la société civile, à laquelle participe notamment Sherpa (association des juristes), et les contacts avec ces professeurs de droit, que l'on a connu cette possibilité de "porte étroite" et que l'on a en donc déposé une. » Il s'agit d'une association qui existe depuis 1970 et a déposé sa première porte étroite en 2017.

¹²⁸ K. O'CONNOR et L. EPSTEIN « Court rules and Workload: A Case Study of Rules Governing Amicus curiae participation », *The Justice System Journal*, vol. 8, n° 1, 1983, p. 35-45. En 1949, la Cour suprême a modifié ses règles pour limiter le nombre de mémoires d'*amicus curiae* qu'elle recevait chaque terme, parce que les juges trouvaient que beaucoup de ces mémoires avaient seulement une valeur limitée alors que les mémoires ne doivent comprendre que des données concises. Il a aussi été indiqué que la révision de la règle en 1949 a immédiatement réduit le nombre de mémoires d'*amicus curiae*.

¹²⁹ S. GUINCHARD, « L'égalité des armes sans le contradictoire », *Répertoire de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2013 (actualisation, février 2017).

¹³⁰ M.-A. COHENDET, « Science et conscience, de la neutralité à l'objectivité », in *Mélanges M. Priour*, Paris, Dalloz, 2007, p. 75-89.

¹³¹ Sur une position contraire, voir le Rapport de Béchillon, *op. cit.*, p. 28 *sqq.*

des intérêts dans le contrôle de constitutionnalité¹³². En somme, il s'agit de garantir dans la procédure tout ce qui peut permettre de garder le contrôle de constitutionnalité de son instrumentalisation par une participation inégale des groupes d'intérêt au contrôle de constitutionnalité¹³³. En cela, la régulation du pluralisme des intérêts par la réglementation des cours constitutionnelles pourrait paradoxalement constituer un terreau fertile de la puissance excessive des cours constitutionnelles. L'admission de tels groupes dépend donc de la neutralité procédurale de l'institution garantie par la formalisation de la procédure¹³⁴.

Le professeur Guillaume Drago s'est inquiété de cette difficulté en ces termes :

L'absence de véritable contradiction procédurale organisée en contentieux *a priori* des lois ne nous semble pas saine, dans la mesure où la contradiction, telle qu'elle existe actuellement, concerne trop peu de « partenaires » du Conseil. Ces différents intervenants sont trop proches les uns des autres, à tous points de vue, pour conserver au contentieux *a priori* des lois son caractère objectif, au sens juridique du terme. Les membres du service juridique du Conseil, le Secrétaire général lui-même, les représentants du Secrétariat général du Conseil constitutionnel, les membres mêmes du Conseil, sont issus milieux juridiques et juridictionnels trop proches, très souvent de la juridiction administrative, ce qui ne nous fait pas douter, qu'on nous comprenne bien, de leur objectivité juridique et leurs compétences – bien au contraire on retrouve souvent dans ces fonctions les meilleurs représentants de ces corps prestigieux – mais font évoluer le débat constitutionnel dans un cercle trop restreint, qui se connaît trop pour ne pas se comprendre à demi-mot, à demi-considérant, laissant l'observateur de la procédure perplexe sur le degré de désinvestissement, involontaire et de fait, des parlementaires alors qu'ils sont à l'origine de la saisine et donc du contentieux et qu'ils sont les acteurs constitutionnels majeurs de la loi et du débat constitutionnel... Ce cercle trop restreint des contradicteurs laisse l'impression d'un débat un peu confisqué, confidentiel, alors que les effets de la décision du Conseil constitutionnel sont voulus, par l'article 62 de la Constitution, majeurs, généraux, et imposés à l'ensemble du corps social et des institutions publiques¹³⁵.

¹³² M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2015, p. 583. On peut souligner à titre d'exemple que les anciennes fonctions de Directeur général de Canal+ occupées par l'ancien Secrétaire général Laurent Vallée surélevaient la représentation des intérêts du tissu économique dans le contentieux constitutionnel en général et dans la recevabilité des « portes étroites » en particulier.

¹³³ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 404, L'absence de procédure ne fait qu'aggraver cet effet sur la difficulté de l'égale représentation des intérêts dans le contrôle de constitutionnalité. Cette égalité des armes concerne également l'expertise impartiale. Voir également sur point Th. PERROUD, « Le Conseil constitutionnel et les "portes étroites" », Blog *Jus Politicum*, 16 mars 2017 [http://blog.juspoliticum.com/2019/05/31/le-conseil-constitutionnel-et-la-publicite-des-portes-etroites-par-thomas-perroud/].

¹³⁴ Th. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », art. cité.

¹³⁵ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel*, Paris, PUF, 2016, p. 404. L'absence de procédure ne fait qu'aggraver cet effet sur la difficulté de la représentation des intérêts minoritaires dans le contrôle de constitutionnalité. Cette égalité des armes concerne également l'expertise impartiale. Voir également sur ce point Th. PERROUD, « Le Conseil constitutionnel et les "portes étroites" », art. cité.

CONCLUSION : LA FORMALISATION DE LA PROCÉDURE COMME MÉCANISME DE CONTRÔLE DES JUGES¹³⁶

La réglementation de la participation des groupes d'intérêt au contrôle *a priori* en France illustre le fait que peuvent résider des enjeux démocratiques importants dans l'élaboration de la procédure des cours constitutionnelles. L'insularité du juge constitutionnel par rapport au pouvoir politique, censée garantir l'application neutre des règles constitutionnelles, doit bénéficier de garanties autres que l'auto-limitation des cours constitutionnelles. En l'absence de la formalisation de la procédure, on pourrait remettre en cause la capacité du contrôle *a priori* en France à assurer une garantie efficace des droits et des libertés fondamentaux.

Adja Mbengue

Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne. Elle prépare une thèse sur l'intervention dans le contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel français et la Cour suprême des États-Unis.

¹³⁶ S.C. YEAZELL, « Judging Rules, Ruling Judges », *Law and Contemporary Problems*, vol. 61, n° 3, 1998, p. 229-252.

Le régime de l'exécution des décisions

Une faiblesse (apparente) de la Cour constitutionnelle italienne*

Dans le système italien de justice constitutionnelle, l'exécution des décisions ne figure pas parmi les sujets cruciaux sur lesquels la Cour constitutionnelle et la doctrine s'interrogent de manière constante. À proprement parler, c'est la notion d'« exécution » qui n'est que très rarement évoquée à l'égard du procès constitutionnel¹. Cela n'a pas empêché que des aspects liés à la phase de la mise en œuvre d'une décision de la Cour fassent l'objet de l'attention de la doctrine et de la jurisprudence constitutionnelle elle-même. Ces réflexions partent du constat de l'absence de moyens vraiment efficaces par lesquels la Cour pourrait renforcer nombre de ses décisions en s'assurant leur réception par les autres autorités. C'est ainsi que le sujet de l'« exécution » proprement dite croise – et souvent se confond avec – des sujets voisins, tels que, par exemple, l'autorité de la chose jugée, la force de précédent des décisions rendues, l'attitude des destinataires (la « *compliance* », pour emprunter le terme courant aux États-Unis²).

Dans ce cadre, pour aborder le sujet spécifique de l'exécution des décisions de la Cour constitutionnelle italienne, il convient, d'abord, de donner un aperçu du

* L'auteur tient à remercier Mme Céline Torrisi, pour ses conseils et pour sa relecture du texte.

¹ Parmi les constitutionnalistes italiens, après l'étude pionnière de F. PIERANDREI, « Le decisioni degli organi della "giustizia costituzionale". Natura, efficacia, esecuzione », in *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, vol. II, Padoue, Cedam, 1957, p. 243 *sqq.*, l'exécution en tant que telle a été assez négligée, jusqu'à ce qu'en 2012 un commentaire d'arrêt se concentre sur un aspect particulier de l'exécution (C. MAINARDIS, « Sull'«esecuzione» delle sentenze della Corte costituzionale (per mezzo del potere sostitutivo) », *Le Regioni*, 2012, p. 1091 *sqq.*). Plus récemment, une étude de droit comparé a montré toute l'importance du sujet : E. STRADELLA, « Il problema dell'esecuzione delle decisioni costituzionali e il caso spagnolo », *Federalismi.it*, 2018, n° 3, ainsi que, plus récemment encore, G. NAGLIERI, « Poteri esecutivi nella giurisdizione costituzionale tra garanzia dello stato di diritto e garanzia dei diritti », *CamminoDiritto.it*, 2018, n° 7.

² Voir R.M. JOHNSON, *The Dynamics of Compliance: Supreme Court Decision-making from a New Perspective*, Evanston (Ill.), Northwestern University Press, 1967 ; R.J. MCKEEVER, *The United States Supreme Court. A Political And Legal Analysis*, Manchester, New York, Manchester University Press, 1997, p. 137 *sqq.* ; R.C. BLACK, R.J. OWENS, J. WEDEKING, P.C. WOHLFARTH, *U.S. Supreme Court Opinions and Their Audiences*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 141 *sqq.* ; M.P. FIX, J.T. KINGSLAND, M.D. MONTGOMERY, « The Complexities of State Court Compliance with U.S. Supreme Court Precedent », *Justice System Journal*, 2017, n° 2, p. 149 *sqq.* Pour quelques remarques du point de vue du droit comparé au sujet de la réception des décisions des cours constitutionnelles et suprêmes, nous nous permettons de renvoyer à P. PASSAGLIA, « La réception des décisions des juridictions constitutionnelles par les pouvoirs constitués », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2011, p. 613 *sqq.*

contexte normatif et du système de justice constitutionnelle dans lequel l'exécution s'insère, afin d'esquisser les grandes lignes de la réglementation de l'exécution, telle qu'elle résulte du droit positif et jurisprudentiel (I). Ensuite, compte tenu, justement, des difficultés que rencontre la Cour pour ce qui est de la phase successive au moment où la décision est rendue, l'attention devra se tourner vers les situations dans lesquelles l'exécution n'a pas lieu ou bien a lieu d'une manière qui n'est pas conforme à ce à quoi l'on pourrait (et devrait) s'attendre (II). À l'analyse de l'organisation et du fonctionnement de l'exécution tels qu'ils se présentent du point de vue théorique (la « physiologie » de l'exécution) fera donc suite celle des déviations du modèle théorique qui se manifestent dans la pratique (la « pathologie » de l'exécution).

I. LA « PHYSIOLOGIE » DE L'EXÉCUTION

Une étude portant sur l'exécution des décisions de la Cour constitutionnelle requiert, au préalable, une analyse visant à identifier les différents moyens par lesquels l'exécution a – et peut avoir – lieu. À cette fin, la réglementation juridique de l'exécution est le premier élément à prendre en considération (A), mais une place importante doit également être accordée aux différences qui se présentent dans la pratique de l'exécution des différentes typologies de décisions (B).

A. L'encadrement juridique de l'exécution

Dans le but d'encadrer juridiquement l'exécution des décisions de la Cour constitutionnelle, quelques remarques préliminaires s'imposent pour préciser l'objet de l'exécution, et donc les types de décision que la Cour rend (1), ainsi que la portée de ces décisions au sein du système de justice constitutionnelle (2).

1. Les décisions de la Cour constitutionnelle

Afin de pouvoir mesurer l'importance des enjeux qui se manifestent à l'égard de l'exécution des décisions de la Cour, il est d'abord nécessaire de situer celles-ci dans le système italien de justice constitutionnelle. Les compétences qui sont propres à la Cour constitutionnelle sont un aspect crucial à mettre en exergue (a), pour ensuite se concentrer sur les types de décisions que la Cour rend (b).

a) Les compétences de la Cour

La Cour constitutionnelle exerce quatre catégories de compétences : (i) le contrôle de la constitutionnalité « des lois et des actes, ayant force de loi, de l'État et des Régions » (article 134, alinéa 1^{er}, de la Constitution) ; (ii) la résolution « des conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État, entre l'État et les Régions, et entre les Régions » (article 134, alinéa 2) ; (iii) le jugement sur les « accusations portées, aux termes de la Constitution, contre le Président de la République » (article 134, alinéa 3) ; (iv) enfin, le contrôle de l'admissibilité des requêtes de référendum abrogatif (article 2 de la loi constitutionnelle du 11 mars 1953, n° 1)³.

³ Les compétences propres à la Cour constitutionnelle font l'objet d'une bibliographie qui est désormais impossible à maîtriser, tant le nombre de contributions est élevé. Pour ne mentionner que quelques ouvrages généraux parmi les plus récents, voir F. TERESI, *I giudizi della Corte*

(i) La voie ordinaire pour contester la constitutionnalité d'une disposition législative est celle du procès par voie incidente : dans ce cadre, la Cour constitutionnelle est saisie d'une question de constitutionnalité qui se pose au cours d'un procès ordinaire. Ce sont les juges, et eux seuls, qui ont le pouvoir de soulever l'exception d'inconstitutionnalité : les justiciables ne peuvent qu'évoquer, parmi les moyens introduits dans un différend devant le juge, celui tiré du contraste entre une ou plusieurs dispositions législatives et une ou plusieurs dispositions constitutionnelles ; mais c'est quand-même le juge qui doit décider si le contraste dénoncé peut donner lieu à une question susceptible d'être soulevée devant la Cour constitutionnelle.

Cette compétence est celle qui occupe la grande partie du contentieux devant la Cour : pas moins des trois cinquièmes (mais dans le passé même les neuf dixièmes) des décisions rendues chaque année statuent sur des questions soulevées par les juges ordinaires⁴.

La loi ou les actes ayant force de loi peuvent faire l'objet même d'un contrôle abstrait, suite à une saisine du Gouvernement national ou des Exécutifs régionaux. Un tel contrôle est prévu par l'article 127 de la Constitution, dont l'alinéa 1^{er} est ainsi rédigé : « Lorsque le Gouvernement estime qu'une loi régionale excède la compétence de la Région, il peut saisir la Cour constitutionnelle de la question de constitutionnalité dans les soixante jours qui suivent sa publication⁵ ». Le Gouvernement national peut invoquer tout moyen pour contester la constitutionnalité d'une loi régionale, tandis que les Régions ne peuvent soulever que des moyens liés à l'atteinte à leurs compétences législatives.

Si l'on considère le nombre de décisions rendues, le contrôle abstrait est la deuxième compétence, notamment après la réforme profonde du régionalisme italien, par la loi constitutionnelle du 18 octobre 2001, n° 3, qui a conduit à une augmentation spectaculaire des recours devant la Cour, en raison des difficultés d'interprétation et de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles.

(ii) Les deux types de conflits d'attribution présentent plusieurs éléments en commun, pour ce qui est, en particulier, de la contestation d'empiètements dans les domaines de compétences des requérants par d'autres autorités. Parmi leurs différences figurent, à l'évidence, les sujets concernés : le conflit qui oppose l'État à une ou plusieurs Régions a des acteurs préétablis, c'est-à-dire les exécutifs central et

costituzionale, Bari, Cacucci, 2010 ; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milan, Giuffrè, 2012 ; S.M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, 5^e éd., Turin, Giappichelli, 2014 ; G. ROLLA, *La giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 2014 ; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 5^e éd., Turin, Giappichelli, 2014 ; G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milan, Giuffrè, 2015 ; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, 6^e éd., Turin, Giappichelli, 2018 ; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, 2^e éd., Bologne, il Mulino, 2018. Ces ouvrages et manuels pourront offrir des références bibliographiques supplémentaires.

⁴ Pour une étude en français concernant l'évolution du contrôle par voie incidente dans le système italien, nous renvoyons à P. PASSAGLIA, « Les âges du contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception en Italie », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 573 sqq.

⁵ La disposition a été ainsi modifiée par la loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001. Auparavant, les lois régionales étaient soumises à un contrôle *a priori*, déclenché par le Gouvernement après un premier renvoi à l'assemblée législative régionale du texte de loi adopté, portant la requête de changements qui, en satisfaisant l'État, auraient évité le recours à la Cour constitutionnelle.

régionaux ; le conflit entre les pouvoirs de l'État peut concerner n'importe quel organe ayant le pouvoir de « déclarer de manière définitive la volonté du pouvoir » auquel il appartient (article 37 de la loi du 11 mars 1953, n° 87).

Les procédures à suivre diffèrent aussi, car seul le conflit entre les pouvoirs de l'État se structure en deux phases, la première visant à vérifier l'admissibilité du recours et la seconde, éventuelle, étant celle dans laquelle la Cour statue sur le fond. Une autre différence a trait aux actes qui peuvent être contestés devant la Cour : ceux-ci devraient être, en principe, des actes de nature administrative ou juridictionnelle ; la jurisprudence constitutionnelle a cependant admis, dans des cas exceptionnels, et seulement dans le cadre de conflits entre les pouvoirs de l'État, la possibilité de contester une loi ou un acte ayant force de loi.

Les conflits d'attribution ne vont pas au-delà de la vingtaine par an. Malgré leur nombre plutôt contenu, ils représentent une compétence qualitativement très importante, puisque la Cour est souvent appelée à intervenir, notamment dans le cadre des conflits entre les pouvoirs de l'État, sur des sujets politiquement très sensibles et sur des questions qui ont un impact important sur la structure et le fonctionnement du système institutionnel.

(iii) La compétence concernant les accusations portées contre le Président de la République pour haute trahison et pour attentat à la Constitution n'a jamais été exercée. Par contre, puisqu'avant la réforme apportée par la loi constitutionnelle n° 1 du 16 janvier 1989, la compétence s'étendait aussi aux accusations contre les ministres, pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs missions, la Cour a été amenée à exercer cette compétence une seule fois, se transformant ainsi, vers la fin des années 1970, en un juge pénal.

(iv) Le contrôle de l'admissibilité des requêtes de référendum abrogatif fait de la Cour constitutionnelle le dernier obstacle avant que la procédure référendaire débouche sur la consultation du peuple. Le contrôle de la Cour est donc une étape de la procédure, ce qui n'empêche pas que la compétence soit très délicate car les enjeux politiques sont généralement très forts.

b) Les types de décisions rendues par la Cour

Les types de décisions rendues par la Cour constitutionnelle sont assez diversifiés. Cela ne regarde pas les conflits, les référendums et les accusations pénales car en principe l'alternative est assez claire entre la déclaration du bien-fondé des recours ou leur rejet, pour les conflits, entre admissibilité et inadmissibilité pour les référendums, et entre innocence et culpabilité pour les accusations pénales. C'est donc essentiellement dans le contentieux concernant la constitutionnalité des lois ou des actes ayant force de loi que le nombre de décisions possibles augmente considérablement.

En effet, la Cour constitutionnelle est assez loin de s'identifier à l'idée kelsenienne d'un juge constitutionnel comme « législateur négatif », qui se limite à déclarer soit la constitutionnalité soit l'inconstitutionnalité des lois ou des dispositions législatives contraires à la Constitution⁶. Dès les débuts, la jurisprudence constitutionnelle italienne a ajouté à ces choix un certain nombre d'options ultérieures.

⁶ Voir H. Kelsen, « La Garantie juridictionnelle de la constitution (la Justice constitutionnelle) », *Revue du droit public et de la science politique*, 1928, p. 197 *sqq.* (et notamment p. 226 : « [a]lors

Tout d'abord, les rejets n'ont pas tous la même portée, puisqu'ils peuvent être le résultat de la constatation de l'irrégularité de la saisine ou bien d'un examen au fond de l'affaire. S'il est vrai qu'il s'agit toujours d'un rejet, il n'est pas moins vrai que seules les décisions du second type permettent à la Cour de se prononcer sur la conformité de la loi à la Constitution : les décisions constatant une irrégularité de la saisine ne portent que sur la procédure, et ne touchent donc aucunement au fond des questions.

Selon le degré d'évidence de l'issue du procès devant la Cour, les décisions de rejet peuvent être « simples » ou « manifestes ». Les saisines qui sont affectées par un vice de procédure évident conduisent à une décision adoptée de forme simplifiée, par ordonnance, ayant un dispositif de « manifeste inadmissibilité », alors que les vices non autant patents conduisent à une décision sous la forme d'arrêt, avec un dispositif d'« inadmissibilité⁷ ». Il en va de même pour les rejets sur le fond : si la question est clairement dépourvue de fondement, la Cour rend une ordonnance de « manifeste absence de fondement⁸ », tandis qu'en l'absence du caractère de l'évidence c'est un arrêt qui est rendu⁹.

Les arrêts de rejet qui font suite à un examen sur le fond peuvent se limiter à constater l'absence d'antinomies entre normes législatives et normes constitutionnelles (d'où une décision d'« absence de fondement » simple), mais elles peuvent même subordonner l'absence de vices de constitutionnalité à l'adoption d'une certaine interprétation de la disposition législative contestée. Ces décisions, dites « interprétatives », ont des effets qui vont au-delà du simple rejet, puisqu'elles limitent (ou, pour mieux dire, essaient de limiter¹⁰) les interprétations de la disposition, et donc, en premier lieu, les pouvoirs interprétatifs des juges.

Pour ce qui est des arrêts d'inconstitutionnalité, à côté des dispositifs déclarant l'inconstitutionnalité pure et simple de la disposition ou des dispositions censurées, la Cour a très vite commencé à adopter d'autres types de dispositifs. Elle a d'abord expérimenté la catégorie des arrêts d'inconstitutionnalité « interprétatifs », par lesquels la censure ne frappe pas la disposition en tant que telle, mais seulement l'interprétation qui en est faite¹¹.

Ensuite, la Cour a introduit des dispositifs encore plus complexes, où l'inconstitutionnalité est motivée par le fait qu'une disposition ne contient pas certains éléments, ou contient des éléments qu'elle ne devrait pas contenir, ou encore par

que le législateur n'est lié par la Constitution que relativement à sa procédure, d'une façon exceptionnelle seulement quant au contenu des lois qu'il doit édicter et seulement par des principes ou directions générales, l'activité du législateur négatif au contraire, de la juridiction constitutionnelle, est absolument déterminée par la Constitution »).

⁷ En ce qui concerne les décisions de procédure de la Cour constitutionnelle, voir M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padoue, Cedam, 1984.

⁸ Sur ce type d'ordonnances, voir V. ANGIOLINI, *La « manifesta infondatezza » nei giudizi costituzionali*, Padoue, Cedam, 1988.

⁹ Pour ce qui est de la différence entre « arrêts » et « ordonnances », voir A. PIZZORUSSO, « Sentenza e ordinanza della Corte costituzionale », dans *Novissimo Digesto italiano*, Appendice, Turin, Utet, 1987, p. 47 *sqq.*

¹⁰ Sur ce point, voir *infra*, II, A, 2.

¹¹ La disposition reste donc en vigueur, mais la déclaration de la Cour interdit qu'on lui donne l'interprétation qui a été censurée.

le fait qu'elle contient certains éléments plutôt que d'autres. Il s'agit de ce que l'on a appelé les arrêts « manipulateurs », car ils manipulent le texte de la disposition, en y ajoutant les contenus que le législateur a omis, mais que la Constitution imposait (arrêts additifs), en éliminant les contenus inconstitutionnels (arrêts ablatifs) ou en substituant les contenus inconstitutionnels avec les contenus qui découlent des principes et normes constitutionnelles (arrêts substitutifs)¹².

Les arrêts manipulateurs, qui représentent désormais la majorité des déclarations d'inconstitutionnalité que la Cour constitutionnelle adopte chaque année, ont l'avantage de rendre le droit législatif immédiatement conforme à la Constitution.

Certes, les avantages ne peuvent éliminer les risques d'un juge constitutionnel qui agirait en législateur (non seulement négatif, mais aussi) en quelque mesure positif. Dès lors, on a tout de suite cherché à encadrer les pouvoirs de la Cour afin d'éviter un usage abusif des décisions manipulatoires. Il a été souligné, en particulier, que la Cour n'étant pas un législateur, elle ne peut pas adopter la logique de celui-ci, d'où l'impossibilité pour la Cour de « créer » des normes et la nécessité pour elle de les déduire. Autrement dit, dans son appréciation, la Cour n'est pas « libre », comme l'est – sous réserve des dispositions constitutionnelles – le législateur, de produire des dispositions, du moment qu'elle peut manipuler les dispositions existantes seulement dans la mesure où la manipulation est le fruit d'une déduction rigoureuse de contenus normatifs immédiatement imposés par la Constitution. Par conséquent, son pouvoir normatif n'est jamais un pouvoir de création libre, mais plutôt un strict pouvoir de reproduction en forme de disposition des exigences constitutionnelles. Et ce pouvoir peut être utilisé uniquement dans la mesure où la déduction des contenus se traduit par une composition « à rimes obligées¹³ ». Si, pour remédier aux défauts d'une disposition, la solution n'est pas obligée (plusieurs « rimes » étant possibles), la Cour doit s'arrêter, laissant la place au seul pouvoir qui dispose d'une marge d'appréciation en la matière, c'est-à-dire le pouvoir législatif. Toutefois, la Cour a pu trouver d'autres solutions encore, en particulier par l'adoption d'« arrêts additifs de principe », qui seront analysés dans un prochain paragraphe¹⁴.

2. La portée des décisions

Une fois les coordonnées du système et des types de décisions esquissées, c'est sur la portée des décisions que l'attention doit se porter, et notamment, d'abord, sur les effets des décisions, tels qu'ils résultent du droit positif (a), pour ensuite pouvoir se concentrer sur la réglementation concernant spécifiquement l'exécution des décisions (b).

¹² Sur les arrêts manipulateurs, voir G. SILVESTRI, « Le sentenze normative della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, I, p. 1684 *sqq.* ; L. ELIA, « Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale », in *Scritti su La giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, vol. 1, Padoue, Cedam, 1985, p. 299 *sqq.* ; G. D'ORAZIO, « Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, p. 61 *sqq.* ; R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milan, Giuffrè, 2007 ; C. PANZERA, *Interpretare – Manipolare – Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 2013.

¹³ La définition est de V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II.2 – *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, 5^e éd., Padoue, Cedam, 1984, p. 402 *sqq.*

¹⁴ Voir *infra*, B, 2, a).

a) Les effets juridiques

Les décisions de la Cour constitutionnelle bénéficient d'un statut assez protecteur, vis-à-vis non seulement des juges de l'ordre judiciaire et des ordres administratifs, mais aussi vis-à-vis du législateur.

La protection commune à n'importe quelle décision de la Cour est régie par l'article 137, alinéa 3, de la Constitution, aux termes duquel « [a]ucune voie de recours n'est admise contre les décisions de la Cour constitutionnelle ». Au sein de l'ordre juridique, aucun pouvoir ne peut donc contester une décision de la Cour (en principe, les Cours européennes le peuvent, mais, pour le moment, cela ne s'est jamais produit, du moins explicitement)¹⁵.

On déduit de la disposition précitée que lorsque la Cour se prononce sur des conflits d'attribution, sa décision est définitive et acquiert, de ce fait, l'autorité de la chose jugée. Il en va de même pour les décisions concernant l'admissibilité (ou l'inadmissibilité) des référendums et les jugements dans les procès pénaux contre le Président de la République et, dans le passé, contre les ministres.

En ce qui concerne le contentieux de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi, les solutions sont beaucoup plus nuancées, car des problèmes supplémentaires se posent : les effets des décisions varient considérablement en fonction du type de dispositif.

En principe, l'autorité de la chose jugée est propre à toutes les décisions rendues. Il en résulte que la variété considérable dont on a fait mention tient, pour l'essentiel, à l'étendue des effets de la chose jugée, qui peuvent être soit généraux soit limités, voire très limités.

Pour ce qui est des arrêts d'inconstitutionnalité, la référence à l'article 136, alinéa 1^{er}, de la Constitution s'impose : « [L]orsque la Cour déclare l'inconstitutionnalité d'une norme d'une loi ou d'un acte ayant force de loi, la norme cesse de produire effet dès le lendemain de la publication de la décision ». L'arrêt de la Cour a pour conséquence l'effacement de la disposition contraire à la Constitution : les effets de la chose jugée sont donc généraux, car n'importe quelle autorité et n'importe quel justiciable ne sont pas en mesure de se prévaloir de la disposition inconstitutionnelle¹⁶. Reste à trancher la question des effets dans le temps de la déclaration, car la disposition constitutionnelle paraît suggérer l'idée que les effets de

¹⁵ À ce propos, voir R. ROMBOLI, « Carattere preclusivo delle decisioni di inammissibilità della Corte costituzionale, errori di fatto ed ammissibilità della revocazione », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, p. 1119 *sqq.* ; P. COMOGGIO, « Inoppugnabilità e limiti di correzione delle pronunce costituzionali », *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, p. 1522 *sqq.* ; T. FENUCCI, « In tema di revocazione delle sentenze della Corte costituzionale », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, p. 655 *sqq.* ; A. PACE, « Impugnazione (inammissibile) delle sentenze interpretative di accoglimento o, piuttosto, "riconsiderazione" del *decisum* ? », *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 715 *sqq.* Voir aussi les contributions sur la définition de la « chose jugée » constitutionnelle citées *infra*, II, B, 2, a).

¹⁶ Pour ce qui a trait à l'impact des arrêts déclarant l'inconstitutionnalité d'une loi, voir A. CERRI, « Gli effetti delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale e le preclusioni processuali », *Il Foro italiano*, 1993, I, c., 1206 *sqq.* ; C. PADULA, « Gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale sugli atti amministrativi applicativi della legge annullata », dans *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Naples, Jovene, 2009, p. 1493 *sqq.*

l'inconstitutionnalité sont limités à l'avenir. Par contre, le législateur, en réglant le fonctionnement de la Cour constitutionnelle, a considérablement étendu ces effets, en leur donnant une portée rétroactive. Aux termes de l'article 30, alinéa 3, de la loi n° 87 de 1953, « [l]es normes déclarées inconstitutionnelles ne peuvent plus être appliquées dès le lendemain de la publication de la décision ». Il en résulte que tous les rapports en cours sont affectés par la déclaration de la Cour constitutionnelle, au sens où la situation normative résultant de l'inconstitutionnalité s'appliquera tant aux cas qui interviendront qu'aux rapports qui n'ont pas encore eu une définition¹⁷.

Une fois tranchée la question des effets dans le temps, l'impact des arrêts déclarant l'inconstitutionnalité est assez clair pour ce qui est des effets sur les dispositions censurées. Cependant, il reste à définir les effets produits par la déclaration d'inconstitutionnalité sur l'activité du législateur, et notamment sur les dispositions analogues ou même identiques adoptées par la suite. À ce propos, la question centrale est de distinguer entre l'autorité de la chose jugée qui assiste les décisions et leur autorité de précédent. S'il est très probable qu'une disposition identique à une disposition qui a été déclarée inconstitutionnelle sera aussi censurée par la Cour, la question à laquelle répondre tient au fondement de cette probabilité, car selon la notion qu'on adopte de « chose jugée », l'inconstitutionnalité sera le résultat de la pure et simple répétition de l'erreur de la part du législateur ou bien le produit d'une adhésion par la Cour constitutionnelle à sa propre jurisprudence précédente. Le sujet est central, dans le cadre de l'exécution des décisions, et il méritera donc une analyse moins superficielle, qui sera menée plus bas¹⁸.

¹⁷ On peut donc attribuer aux arrêts d'inconstitutionnalité une portée rétroactive, car ils régissent des rapports qui sont nés sous le régime précédent. La limitation aux rapports en cours fait en sorte que les effets de l'inconstitutionnalité ne s'étendent pas aux rapports qui sont désormais conclus (par exemple, l'arrêt de la Cour n'a aucun impact sur la chose jugée civile, pénale ou administrative). De temps en temps, la Cour a modulé les effets rétroactifs de ses déclarations, soit en reconnaissant que l'inconstitutionnalité s'était produite non dès l'entrée en vigueur de la disposition mais à partir d'un certain moment (du fait, entre autres, de changements intervenus dans le système juridique), soit en limitant aux seuls rapports les plus récents l'impact de la décision dans le cadre d'une mise en balance de différents intérêts (par exemple, en reconnaissant l'inconstitutionnalité d'un impôt à partir d'une certaine date, la Cour a limité les effets négatifs de son arrêt sur le budget de l'État). À propos des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité, voir *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milan, Giuffrè, 1989 ; M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milan, Giuffrè, 1993 ; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milan, Giuffrè, 1993 ; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padoue, Cedam, 1997 ; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padoue, Cedam, 2000. Le sujet a été de nouveau très étudié à l'occasion de trois arrêts rendus par la Cour en 2015, sur lesquels, voir, notamment pour des références bibliographiques supplémentaires : D. DIACO, « Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente », *Consulta OnLine* [www.giurcost.org/studi/diaco.pdf], 26 avril 2016, p. 194 sqq. (not. p. 204 sqq.).

¹⁸ Voir *infra*, II, A, 1, b) et B, 2, a).

Pour ce qui est des décisions de rejet, les problèmes qui se posent sont considérablement différents, d'abord parce qu'elles n'ont pas d'effets généraux¹⁹. Tant pour les décisions qui se prononcent sur la procédure de saisine de la Cour (les décisions de procédure) que pour celles qui touchent au fond des affaires, l'objet de la déclaration n'est pas l'acte ou la disposition censurée, mais seulement la question de constitutionnalité soumise à la Cour (par voie incidente ou par le recours abstrait). De ce fait, les décisions de rejet ne confèrent aucun « brevet de constitutionnalité ». En se limitant à statuer sur la question posée, la décision de la Cour n'a que des effets limités, qui touchent le juge qui a soulevé la question ou le requérant, et qui se traduisent tout simplement par l'interdiction de la réitération de la même question : dans le cas du contrôle abstrait, cela ne pose pas de problèmes, car le délai pour saisir la Cour (qui est de 60 jours à partir de la publication de la loi) se sera sans doute écoulé au moment où la Cour aura rendu sa décision ; pour ce qui est du contrôle par voie incidente, l'interdiction produit des effets, mais ceux-ci ne regardent que le juge qui a soulevé la question et le procès dans lequel la question a été soulevée.

Un aspect ultérieur à mettre en exergue est celui de l'étendue de l'autorité de la chose jugée : celle-ci est limitée aux dispositifs et, par conséquent, elle ne touche pas les motifs. Cette limitation est très importante lorsque l'on aborde le sujet des rapports entre la Cour et les (autres) juridictions : on en a eu une démonstration avec les arrêts interprétatifs de rejet, qui ne disposent pas de la force juridique leur permettant d'imposer l'interprétation prônée par la Cour aux juges²⁰.

b) La réglementation de l'exécution

L'exécution des décisions de la Cour constitutionnelle est loin d'être réglementée de manière exhaustive par les actes qui régissent le contentieux constitutionnel. La Constitution se limite à prendre en considération les arrêts d'inconstitutionnalité, en précisant que « [l]a décision de la Cour est publiée et communiquée aux Chambres et aux conseils régionaux intéressés, afin que, s'ils le jugent nécessaire, ils prennent des mesures dans les formes constitutionnelles ». Cette disposition est mise en œuvre par l'article 30, alinéa 2, de la loi n° 87 de 1953, aux termes duquel l'arrêt qui déclare l'inconstitutionnalité d'une disposition législative doit être communiqué, dans les deux jours de son dépôt, aux assemblées parlementaires ou à l'assemblée régionale intéressée, « afin qu'elles adoptent, le cas échéant, les mesures » qu'elles estiment nécessaires.

La limitation d'une telle communication aux seuls arrêts qui déclarent l'inconstitutionnalité ne paraît pas opportune, car les problèmes les plus délicats se posent probablement à l'égard d'autres types de décisions²¹. Il faut donc constater, pour le moins, le caractère très partiel des dispositions régissant le procès constitutionnel.

¹⁹ Une thèse quelque peu différente, visant à renforcer les effets des décisions de rejet, est soutenue par A. RUGGERI, *Storia di un falso : l'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1990.

²⁰ Sur ce point, voir *infra*, II, A, 2.

²¹ Voir *infra*, B, 2.

Les règlements des assemblées parlementaires, à leur tour, réglementent de manière presque aussi partielle, et en tout cas de manière assez lacunaire, l'activité conséquente aux décisions de la Cour²².

L'article 108 du Règlement de la Chambre des députés prévoit que tous les arrêts (sont donc exclues les ordonnances) sont distribués au sein de l'assemblée et envoyés à la commission compétente, qui doit, dans les trente jours suivants, examiner l'arrêt et donner son avis sur la nécessité éventuelle d'adopter des initiatives législatives pour faire suite à la décision. L'avis est formulé dans un document qui est transmis au Président de la Chambre des députés, au Président du Sénat, au Président du Conseil des ministres et au Président de la Cour constitutionnelle. Aucune autre activité n'est prévue et surtout aucune sanction n'a été introduite pour les cas d'inertie de la commission compétente ou des autorités destinataires de cet avis.

Quant à l'article 139 du Règlement du Sénat, il limite, en principe, la communication et la transmission à la commission compétente des arrêts qui déclarent l'inconstitutionnalité d'un acte ou d'une disposition. Toutefois, le Président peut communiquer aux commissions d'autres arrêts pour lesquels il estime utile un examen de la part des commissions. Celles-ci, lorsqu'elles estiment qu'une initiative est nécessaire, rédigent un texte qui est transmis au Gouvernement et communiqué au Président de la Chambre des députés.

Si le mécanisme du Règlement de la Chambre des députés paraît loin d'être efficace, il en va de même pour celui du Règlement du Sénat.

La réglementation n'est pas plus efficace au niveau des Régions. Aucun statut régional ne porte des dispositions concernant l'exécution des décisions de la Cour, et même les règlements internes des conseils régionaux sont, en général, très peu détaillés. D'ailleurs, dans les règlements qui font référence à l'exécution des décisions de la Cour, on ne tient compte que des arrêts d'inconstitutionnalité, ce qui ramène aux critiques dont font l'objet les dispositions des règlements des assemblées parlementaires nationales. Les seules exceptions sont celles des règlements des conseils régionaux de la Ligurie (article 94) et du Latium (article 89), qui ne distinguent pas les décisions selon leurs dispositifs, mais seulement selon la forme de celles-ci, en prévoyant une procédure spécifique visant à prendre en examen tous les arrêts (et donc non les ordonnances) de la Cour constitutionnelle intéressant directement la région.

L'exécution des décisions de la Cour par les Régions a fait l'objet d'une réglementation spécifique concernant les décisions affectant les finances publiques. L'article 20 du décret-loi n° 98 du 6 juillet 2011, converti par la loi n° 111 du 15 juillet 2011, prévoit que, dans la cadre de la coordination des finances publiques, les Régions qui doivent mettre en œuvre une décision de la Cour constitutionnelle doivent communiquer au Gouvernement national, dans les trois mois suivant la

²² À ce sujet, voir G. D'ORAZIO, « Prime osservazioni sull'esercizio della funzione legislativa "conseguenziale" alle decisioni della Corte costituzionale », *Archivio giuridico*, 1967, p. 92 sqq. ; N. ASSINI, « Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento », dans *Scritti su La giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, op. cit., p. 21 sqq. ; L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento*, Padoue, Cedam, 1987, p. 117 sqq. ; A. RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milan, Giuffrè, 1988 ; R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (dir.), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 2006.

publication de la décision, les activités entreprises, les actes adoptés et les dépenses encourues et prévues pour l'exécution (article 20, alinéa 14). Lorsqu'une région ne se conforme pas, en tout ou en partie, aux obligations découlant de la décision de la Cour, le Gouvernement national peut se substituer à ses organes, afin d'assurer l'exécution de la décision, pourvu que les conditions requises pour l'exercice du pouvoir substitutif soient réunies (article 20, alinéa 15)²³.

Ces dispositions ont fait l'objet d'un recours déclenché par une région devant la Cour constitutionnelle, qui a donc eu l'occasion d'aborder, pour la première fois de manière explicite²⁴, le sujet de l'exécution de ses décisions. Dans son arrêt n° 121 de 2012²⁵, la Cour a exclu toute atteinte à l'autonomie des régions, en soulignant que les conditions requises pour l'exercice du pouvoir substitutif sont suffisamment protectrices et assurent une participation du destinataire de la substitution, ainsi qu'une coopération loyale entre les acteurs concernés.

L'aval de la Cour a donc entériné une situation dans laquelle une catégorie spécifique de décisions, celles qui affectent les finances publiques dans les domaines régionaux, connaît un statut particulier, se traduisant par une protection renforcée dans la phase de l'exécution. Cependant, une fois admis, en principe, l'exercice du pouvoir substitutif pour mettre en œuvre des décisions de la Cour, on ne voit pas la raison pour laquelle ce pouvoir devrait être cantonné aux aspects financiers. À ce propos, on a pu constater, non sans fondement, qu'« indépendamment des compétences régionales en question (et des compétences de l'État auxquelles on a porté atteinte), n'importe quel manquement dans la mise en œuvre d'un arrêt de la Cour » susceptible de réunir les conditions prévues pour l'exercice du pouvoir substitutif « peut légitimer une intervention [...] de l'État aux termes de l'article 120, alinéa 2, de la Constitution²⁶ ».

B. Les formes variables de l'exécution des décisions

Le suivi ordinaire des décisions de la Cour constitutionnelle est sans aucun doute caractérisé par le respect qu'on leur prête. La mise en œuvre concrète des décisions diffère, toutefois, selon que celles-ci ont des effets pour ainsi dire « automatiques » (1) ou bien qu'elles nécessitent de la coopération d'autres institutions (2).

²³ Le pouvoir substitutif de l'État est régi par l'article 120, alinéa 2, de la Constitution, qui est rédigé de la sorte : « Le gouvernement peut se substituer aux organes des régions, des villes métropolitaines, des provinces et des communes en cas de non-respect des normes et des traités internationaux ou des normes communautaires, ou bien en cas de danger grave pour la sécurité publique, ou bien encore quand cela est requis afin de protéger l'unité juridique ou l'unité économique et, notamment, afin de protéger les niveaux essentiels des prestations en matière de droits civiques et sociaux, indépendamment des limites territoriales des pouvoirs locaux. La loi définit les procédures visant à garantir que les pouvoirs substitutifs soient exercés dans le respect du principe de subsidiarité et du principe de collaboration loyale ».

²⁴ Voir E. STRADELLA, « Il problema dell'esecuzione delle decisioni costituzionali e il caso spagnolo », art. cité, p. 20.

²⁵ L'arrêt est commenté par C. MAINARDIS, « Sull'«esecuzione» delle sentenze della Corte costituzionale (per mezzo del potere sostitutivo) », art. cité, p. 1091 *sqq.* (au sujet de l'exécution des décisions, voir notamment p. 1096 *sqq.*).

²⁶ Voir C. MAINARDIS, « Sull'«esecuzione» delle sentenze della Corte costituzionale (per mezzo del potere sostitutivo) », art. cité, p. 1100.

1. Les décisions aux « effets automatiques »

De nombreuses décisions rendues par la Cour constitutionnelle ne posent pas de problèmes majeurs à l'égard du suivi, car leur portée est telle que l'exécution va de soi. En général, cette portée est propre aux décisions qui, ne statuant pas sur le fond des affaires, ont une portée purement procédurale (a) ainsi qu'à la plupart des décisions d'annulation (b).

a) Les décisions sur la procédure

Chaque année, la Cour constitutionnelle rend un nombre considérable de décisions qui ne touchent pas au fond des affaires, notamment dans le cadre du procès par voie incidente. Les défauts que la Cour constate dans les ordonnances de renvoi rédigées par les juges *a quibus* font en sorte que la Cour ne puisse pas se prononcer sur les questions de constitutionnalité.

Les raisons qui empêchent un jugement sur le fond sont les plus diverses. En premier lieu, les conditions requises pour saisir la Cour pourraient ne pas être présentes : l'autorité qui a soulevé la question de constitutionnalité pourrait ne pas être un juge ou pourrait ne pas avoir à trancher un véritable litige, lors de la proposition de la question²⁷ ; encore, les conditions pour assurer le caractère préjudiciel du procès constitutionnel pourraient ne pas subsister²⁸. En second lieu, les vices pourraient toucher au type de question soulevée, car son objet pourrait ne pas être

²⁷ Sur les notions de « juge » et de « litige » qui fondent le pouvoir de soulever une question de constitutionnalité, voir R. ROMBOLI, « Poteri decisori o istruttori, funzioni amministrative o giurisdizionali, legittimazione del giudice *a quo* », *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, I, p. 756 sqq. ; S. PANIZZA, « L'autorità giudiziaria », dans R. ROMBOLI (dir.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 2006, p. 85 sqq. ; A. ODDI, « La nozione di “giudice a quo” », in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (dir.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Turin, Giappichelli, 2007 ; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”. Profili problematici e prospettive di riforma*, Naples, Jovene, 2012.

²⁸ Sur le caractère préjudiciel du procès constitutionnel et sur la condition de « rilevanza » qui en dérive, voir M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milan, Giuffrè, 1957 ; G. ZAGREBELSKY, « La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, p. 1001 sqq. ; F. PIZZETTI et G. ZAGREBELSKY, « “Non manifesta infondatezza” e “rilevanza” nell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi », Milan, Giuffrè, 1972 ; V. ONIDA, « Note su un dibattito in tema di “rilevanza” delle questioni di costituzionalità delle leggi », *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, p. 997 sqq. ; N. TROCKER, « La pregiudizialità costituzionale », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, p. 796 sqq. ; F. DAL CANTO, « La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale », dans E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (dir.), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001, Turin, Giappichelli, 2001, p. 145 sqq. ; G.P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milan, Giuffrè, 2003 ; L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Naples, Jovene, 2012.

susceptible de contrôle par la Cour²⁹ ou les normes de référence invoquées pourraient ne pas être prises en considération en tant que telles³⁰, ou bien la question pourrait toucher au pouvoir d'appréciation propre au législateur et sur lequel la Cour constitutionnelle n'est pas en mesure d'intervenir³¹. Enfin, la Cour pourrait ne pas être en mesure d'opérer son contrôle à cause des manquements du juge *a quo*, qui pourrait ne pas avoir suffisamment motivé l'ordonnance de renvoi.

La décision de la Cour est donc une décision d'inadmissibilité, simple (par arrêt) ou manifeste (par ordonnance), qui implique, *in concreto*, une remise du dossier au juge *a quo*, pour qu'il poursuive le procès principal.

Selon le type de vice constaté par la Cour, la décision peut représenter un obstacle infranchissable à ce que le juge soulève à nouveau la question (c'est le cas des deux premières catégories de vices évoquées), mais elle peut très bien se présenter aussi comme une invitation, ou du moins une autorisation, à une nouvelle saisine, lorsque les vices constatés peuvent être amendés par le juge à travers un renouvellement de la procédure de déclenchement de la question (il s'agit, notamment, des vices de la troisième catégorie). Dans ce dernier cas, la décision d'inadmissibilité a des effets qui sont très proches de ceux propres aux ordonnances de renvoi du dossier au juge *a quo*, par lesquelles la Cour constitutionnelle prend acte de changements intervenus dans le droit positif ou dans la jurisprudence une fois que l'ordonnance de renvoi avait été déjà adoptée par le juge, mais avant que la Cour rende sa décision : la restitution du dossier vise expressément à ce que le juge vérifie si les changements ont eu un impact sur la question soulevée et, le cas échéant, quel type d'impact ; sur la base de cette appréciation, le juge sera en mesure de décider si la question doit ou ne doit pas être soulevée de nouveau³².

²⁹ À cet égard, voir C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milan, Giuffrè, 1964 ; V. COCOZZA et S. STAJANO (dir.), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000, Turin, Giappichelli, 2001 ; M. CARTABIA, E. LAMARQUE et P. TANZARELLA (dir.), *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, Turin, Giappichelli, 2011 ; P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, Milan, Giuffrè, 2015.

³⁰ En ce qui concerne les normes de référence dans le procès constitutionnel, voir P. CARNEVALE et A. CELOTTO, *Il parametro "eventuale"*, Turin, Giappichelli, 1998 ; G. PITRUZZELLA, F. TERESI et G. VERDE (dir.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Atti del Seminario di Palermo, 28-29 maggio 1998, Turin, Giappichelli, 2000 ; F. DAL CANTO, « Il parametro in senso stretto », dans R. Romboli (dir.), *L'accesso alla giustizia costituzionale*, op. cit., p. 257 sqq. ; F. BIONDI, « Oggetto e parametro », in R. BALDUZZI et P. COSTANZO (dir.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, op. cit., p. 54 sqq.

³¹ Sur les limites qui s'imposent au contrôle de la Cour, voir A. PIZZORUSSO, « Controllo sull'uso della discrezionalità legislativa », dans *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno di Trieste des 26, 27 et 28 mai 1986, Milan, Giuffrè, 1988, p. 71 sqq. ; C. PIPERNO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milan, Giuffrè, 1991 ; M. SCUDIERO, S. STAIANO (dir.), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Naples, Jovene, 1999 ; A. RUGGERI, « La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi », *Diritto e società*, 2007, p. 1 sqq. ; E. ROSSI, « Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore », in R. BALDUZZI, M. CAVINO et J. LUTHER (dir.), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Atti del Seminario di Stresa del 12 novembre 2010, Turin, Giappichelli, 2011, p. 333 sqq. ; M. D'AMICO, « Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (www.rivistaaic.it), 2016, n° 4.

³² Sur l'ordonnance de restitution du dossier au juge *a quo*, voir A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice "a quo"*, Milan, Giuffrè, 1965 ; R. ROMBOLI, « Evoluzione giurisprudenziale ed

Qu'il s'agisse de décisions permettant une nouvelle proposition de la question ou de décisions qui l'empêchent, leur exécution est automatique, en ce sens que le juge ne pourra que prendre acte de ce que la Cour a statué et procéder de la sorte, soit en tranchant le litige sans le soutien d'une décision sur le fond de la question de constitutionnalité, soit en faisant de nouveau appel à l'intervention de la Cour.

Les effets des décisions sur le respect de la procédure dans le procès par voie incidente se rapprochent, pour l'essentiel, de ceux qui caractérisent les décisions portant sur la procédure dans l'exercice des autres compétences de la Cour, même si le nombre de décisions de ce type est bien plus restreint que dans le contrôle déclenché par un juge lors d'un litige. Tant le contrôle de constitutionnalité par voie d'action que les conflits d'attribution entre l'État et les régions ou entre les pouvoirs de l'État sont des procès déclenchés par un requérant qui s'oppose aux actes ou (bien plus rarement) aux conduites d'une ou plusieurs autres autorités. La décision par laquelle la Cour constitutionnelle refuse de statuer sur le fond a pour conséquence de laisser la situation de droit telle qu'elle était au moment de la saisine, si ce n'est que les contestations avancées par le requérant n'auront plus aucune force juridique.

Ce type d'effets automatiques découle d'une décision d'inadmissibilité, fondée sur des vices affectant la procédure d'instauration du procès devant la Cour ou de vices concernant l'objet ou les normes de référence invoquées. Mais les mêmes effets se produisent lorsque des changements de droit amènent la Cour à déclarer qu'il n'y a plus lieu de statuer en raison de changements de circonstance touchant aux motifs de contestation (d'où une décision de clôture de la procédure) ou, bien évidemment, lorsque le requérant se désiste du recours et la partie adverse accepte le désistement.

Il convient d'appréhender une autre catégorie de décisions sur la procédure. Il s'agit des arrêts portant sur l'admissibilité des référendums abrogatifs. Dans ce cas, la procédure à laquelle on fait référence n'est pas celle qui se déroule devant la Cour, mais plutôt celle qui porte à l'organisation d'une consultation référendaire. Dans le cadre de celle-ci, la décision de la Cour constitutionnelle a des effets automatiques, car son contenu implique soit, en cas d'admissibilité, la possibilité de donner suite à la procédure, en organisant la consultation, soit, en cas d'inadmissibilité, l'interruption de la procédure et l'impossibilité conséquente de donner lieu au référendum.

b) Les décisions d'annulation

Lorsque la Cour constitutionnelle rend un arrêt par lequel l'acte contesté est annulé, c'est la Cour même qui préside à la mise en œuvre de la décision, pour la simple et bonne raison que son exécution est le résultat « automatique » de l'élimination de l'acte ou de la disposition, qui ne peut donc produire aucun effet.

Ce genre de décision n'est pas propre au contentieux de la constitutionnalité des lois uniquement, puisque l'annulation d'un acte peut très bien être aussi l'issue d'un conflit d'attribution entre l'État et les Régions ou entre les pouvoirs de l'État.

Pour ce qui est des conflits entre l'État et les Régions, une condition pour que la Cour puisse statuer sur le fond est que la contestation de l'empiètement sur les attributions du requérant se réfère à un acte spécifique. Par conséquent, l'issue du

aspetti problematici della restituzione degli atti al giudice *a quo* », *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 1566 *sqq.*

litige, dont l'objet principal a trait à la délimitation des domaines respectifs de l'État et des Régions, implique une décision même sur l'acte contesté : si la Cour reconnaît un empiètement dans les attributions du requérant, l'acte contesté est annulé et il ne peut évidemment plus produire d'effets juridiques.

Le même discours, à une nuance près, vaut pour les conflits d'attributions entre les pouvoirs de l'État. L'article 38 de la loi n° 87 de 1953 est rédigé de sorte que la Cour constitutionnelle, en statuant sur le conflit, déclare quel est « le pouvoir auquel reviennent les attributions contestées et, *lorsqu'un acte affecté d'incompétence a été adopté*, elle l'annule ». Des mots en italique on déduit que l'existence d'un acte n'est pas une condition pour que le conflit soit déclenché, d'où la possibilité qu'aucune annulation ne découle de la constatation du bien-fondé du recours. Cela dit, du point de vue théorique, dans la pratique même les conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État se lient à la contestation d'un ou de plusieurs actes, et donc il y a lieu d'assimiler les deux catégories de conflits, du moins sous l'angle de l'exécution³³.

Pour ce qui est du contrôle de constitutionnalité des lois ou des actes ayant force de loi, les arrêts qui déclarent l'inconstitutionnalité ont aussi des effets automatiques, en éliminant les dispositions ou les actes censurés de l'ordre juridique.

Tant l'article 136, alinéa 1^{er}, de la Constitution que l'article 30, alinéa 3, de la loi n° 87 de 1953 identifient dans le jour suivant la « publication » de l'arrêt le moment à partir duquel les effets se produisent. Or, sur ce point, un problème se pose, car les décisions de la Cour constitutionnelle connaissent deux publications. La première est celle du dépôt du texte de la décision au greffe et la seconde est celle à la *Gazzetta Ufficiale* (le journal officiel).

Entre les deux publications ne s'écoulent que quelques jours, cependant le problème du choix entre l'une et l'autre comme fondement de la production des effets des arrêts est loin d'être purement théorique.

L'aspect le plus délicat est celui du droit positif applicable dans les jours qui séparent la première de la seconde publication. Si le dépôt au greffe était à considérer comme la véritable publication, alors à partir du jour suivant l'acte ou les dispositions faisant l'objet de la déclaration d'inconstitutionnalité ne pourraient plus être appliqués. Si, en revanche, on devait considérer la publication à la *Gazzetta Ufficiale* comme la « véritable » publication, alors il faudrait attendre celle-ci pour ne plus appliquer les actes ou les dispositions censurés.

La première option aurait des conséquences négatives en termes de sécurité juridique, car avant la publication à la *Gazzetta ufficiale*, on ne peut pas présumer, au moins du point de vue juridique, que le texte de l'arrêt soit connu. Certes, avec l'évolution de l'*Internet*, le problème est devenu théorique : désormais la publication sur le site de la Cour est faite de manière quasi-contextuelle au dépôt au greffe. Cependant, le respect des principes généraux appelle à attendre la publication à la

³³ Sur l'objet du conflit d'attribution entre les pouvoirs de l'État, voir F. SORRENTINO, « Conflitto tra poteri e definitività dell'atto », *Giurisprudenza costituzionale*, 1967, p. 1775 sqq. ; D. FLORENZANO, *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello stato*, Trento, Università degli Studi di Trento, 1994. En général, sur l'objet des conflits d'attributions, voir A. CERRI, « Competenza, atto e rapporto nel conflitto di attribuzioni », *Giurisprudenza costituzionale*, vol. I, 1982, p. 2440 sqq.

Gazzetta Ufficiale : c'est justement pour cela qu'on indique dans la seconde publication celle à partir de laquelle les effets des arrêts se produisent³⁴, même si cela implique que l'on laisse en vie, pour quelques jours, des actes ou des dispositions censurés, et dont la censure peut être aisément connue en lisant les arrêts sur le site de la Cour. Il est donc quasiment inévitable que, de fait, un sursis s'impose pour attendre le moment où le droit positif officiel se conforme, par la publication à la *Gazzetta Ufficiale*, à la situation normative découlant de la déclaration de la Cour. Autant dire que les arrêts d'inconstitutionnalité connaissent une sorte d'exécution anticipée.

Un autre aspect, spécifiquement lié à l'exécution, doit être pris en compte. Le choix de la « véritable » publication n'est pas sans conséquences pour ce qui est de l'automatisme des effets. Si le dépôt au greffe était suffisant, alors la Cour constitutionnelle serait maître de la production des effets de l'inconstitutionnalité, sans qu'aucune autre autorité ne doive et ne puisse intervenir. Le choix opéré en faveur de la publication au journal officiel implique que d'autres sujets participent à la production des effets : on leur demande une exécution anticipée visant à permettre l'exécution « officielle ». Parmi les sujets concernés, figure au premier plan le Ministre de la Justice, qui est l'autorité responsable de la publication à la *Gazzetta Ufficiale* : sa coopération est donc indispensable, même s'il s'agit d'une procédure dépourvue de toute marge d'appréciation.

On pourrait même évoquer le risque d'un retard ou d'une omission dans la publication pour entraver l'impact de la déclaration de la Cour. Sans considérer la gravité d'une telle conduite et l'atteinte qu'elle porterait aux équilibres fondant l'État de droit³⁵, il est clair qu'il s'agit d'un risque purement théorique, d'autant plus que, désormais, grâce à l'*Internet*, la Cour a elle-même la possibilité de diffuser le texte de ses décisions.

2. Les décisions à « coopération nécessaire »

Pour qu'elles soient exécutées, les décisions autres que celles que l'on vient de mentionner requièrent une coopération de la part d'autres autorités. Une telle coo-

³⁴ La définition de la publication à la *Gazzetta Ufficiale* comme étant la publication à laquelle les dispositions constitutionnelle et législative font référence est partagée par la large majorité de la doctrine. La thèse minoritaire a été avancée, à plusieurs reprises, notamment par A. PACE, « Osservazione sulla "pubblicazione" delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, p. 462 *sqq.* ; A. PACE, « Ancora sul "deposito in cancelleria" come "pubblicazione" delle pronunce di illegittimità costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, p. 2058 *sqq.* ; A. PACE, « Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza di incostituzionalità », *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1222 *sqq.*

³⁵ « Conformément à l'État de droit et notamment au principe d'indépendance du pouvoir judiciaire, la validité et la force des décisions ne sauraient dépendre d'une décision du pouvoir exécutif ou législatif. En particulier, le refus de publier les décisions d'une juridiction constitutionnelle sans encourir de sanctions constitue une atteinte fondamentale à l'autorité et à l'indépendance de cette juridiction en sa qualité d'arbitre suprême en matière constitutionnelle » (voir COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Pologne – Avis sur la loi relative au Tribunal constitutionnel*, 14 octobre 2016, n° 860/2016, CDL-AD(2016)026, consultable à la page [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)026-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)026-f) (dernier accès : 7 février 2019)).

pération est demandée tant aux juridictions ordinaires (a) qu’aux législateurs, national ou régionaux (b). Selon le type de décision, c’est aux premières ou bien aux seconds que la tâche principale est confiée.

a) La coopération par les juridictions ordinaires

En Italie, le contentieux de la constitutionnalité des actes législatifs est caractérisé, en large mesure, par la limitation des effets contraignants propres à la chose jugée. Ce type d’effets s’attache seulement au dispositif de la décision et seuls les arrêts déclarant l’inconstitutionnalité ont des effets généraux³⁶.

Sur cette base, il est clair que n’importe quelle décision de la Cour qui statue sur le fond en rejetant les censures d’inconstitutionnalité – avancées soit par le juge *a quo*, dans le procès par voie incidente, soit par le requérant, dans le procès par voie d’action – se trouve, pour ainsi dire, à la merci des autorités chargées de l’application de la loi, car ce sont celles-ci qui devront prendre en considération ce que la Cour constitutionnelle a statué en rejetant les questions de constitutionnalité dont la loi avait fait l’objet³⁷.

Or, justement en raison de leurs effets, les décisions de rejet, adoptées par arrêt ou par ordonnance (lorsque l’absence de fondement de la question est « manifeste »), ne sont pas telles à donner aux dispositions contrôlées un « brevet de constitutionnalité » : concrètement, la Cour ne statue que sur la conformité des dispositions aux normes de référence invoquées, et sur la base des griefs qui ont été présentés. Cette limitation se relie à un principe fondateur du contentieux de constitutionnalité, qui impose à la Cour de se prononcer « dans les limites de la saisine » (article 27 de la loi n° 87 de 1953) : en d’autres termes, la Cour n’étant pas libre d’étendre son contrôle au-delà des griefs qui lui ont été présentés, sa réponse est strictement délimitée par les termes – objet et paramètre – définis par l’ordonnance de renvoi (dans le procès incident) ou par le recours (dans le contrôle par voie d’action)³⁸.

³⁶ Voir *supra*, A, 2, a).

³⁷ Pour ce qui a trait à l’absence, dans le système italien de justice constitutionnelle, de moyens par lesquels la Cour peut s’assurer le respect de ses propres décisions par les juridictions ordinaires, on ne peut que renvoyer, notamment pour des références bibliographiques à ce sujet, à P. PASSAGLIA, « Modèle concentré et ancrage de la Constitution dans l’évolution du contrôle incident en Italie : contribution à l’étude des remèdes contre le refus de soulever la question préjudicielle de constitutionnalité », dans M. FATIN-ROUGE STEFANINI et C. SEVERINO (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice: une nouvelle étape après la QPC ?*, Actes du colloque des 23 et 24 juin 2016, Aix-en-Provence, Confluence des droits, 2017, p. 309 *sqq.*

³⁸ Cette limitation ne connaît que peu d’exceptions. La plus importante touche aux cas de déclarations d’inconstitutionnalité de dispositions qui affectent d’autres dispositions qui n’ont pas été dénoncées, mais qui résultent inconstitutionnelles du fait de la déclaration rendue par la Cour : ces dispositions sont frappées par une déclaration d’inconstitutionnalité « dérivée » (sur cette catégorie d’inconstitutionnalité, voir R. ROMBOLI, « Illegittimità costituzionale consequenziale e formazione “giurisprudenziale” delle disposizioni processuali », *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 4368 *sqq.* ; A. MORELLI, *L’illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2008). Une autre exception concerne la possibilité pour la Cour de se saisir elle-même d’une question de constitutionnalité lorsque, à l’occasion d’un procès devant elle, la constitutionnalité d’une disposition dont elle devrait faire application pour juger (mais qui n’a pas été dénoncée) est mise en question.

En définitive, la décision de rejet, tout en mettant fin au procès devant la Cour, n'est pas telle, en soi, qu'elle met fin à la question de la constitutionnalité des dispositions ayant fait l'objet du contrôle.

Il en résulte que les juridictions ont devant elles une alternative de solutions qui sont parfaitement en accord avec l'esprit du système : d'un côté, elles peuvent faire application des dispositions qui ont été soumises au contrôle et dont la conformité à la Constitution, tout en n'étant pas établie pour toujours, est tout de même sortie renforcée du procès devant la Cour ; de l'autre, elles peuvent soulever une nouvelle question de constitutionnalité, en invoquant des normes de référence différentes de celles qui avaient été invoquées ou même en invoquant les mêmes normes de référence, mais en avançant d'autres griefs et/ou d'autres motifs au soutien de la censure. Évidemment, ces deux solutions diffèrent de manière significative du point de vue de l'attitude par rapport à la décision de la Cour. Cependant, du point de vue strictement juridique, elles sont également légitimes. Elles représentent donc deux façons tout à fait normales d'exécuter la décision.

La linéarité de ces conclusions n'est pas propre à toutes les décisions de rejet, car pour les ainsi nommés arrêts interprétatifs de rejet des difficultés supplémentaires se présentent. Aucun effet d'ordre général n'étant envisageable pour les décisions de rejet, les arrêts qui conditionnent le rejet au fait que la disposition contestée soit interprétée d'une certaine manière sont soumis au même régime que les autres décisions de rejet, tout en ayant des contenus beaucoup plus complexes. Autrement dit, lorsque la Cour constitutionnelle rend un arrêt interprétatif de rejet, elle est bien consciente de ne pas être en mesure d'imposer les choix herméneutiques sous-jacents à la décision. En cela, l'arrêt interprétatif peut bien se définir comme une demande de coopération faite aux autorités judiciaires (en premier lieu) pour qu'elles entérinent la portée de l'arrêt en se conformant à l'interprétation indiquée par la Cour constitutionnelle. Les réponses des juridictions ordinaires ne vont pas toujours dans le sens de la mise en œuvre des indications venant du Palais de la Consulta. Le sujet est toutefois trop important pour qu'on ne lui prête une attention particulière, ce qui sera fait dans un prochain paragraphe³⁹.

Des exigences de coopération se manifestent aussi pour une catégorie particulière d'arrêts d'inconstitutionnalité. Bien qu'on reconnaisse en général à ces arrêts des effets automatiques, une exception est bien présente. On fait référence aux arrêts additifs de principe, par lesquels la déclaration d'inconstitutionnalité s'associe, non à l'ajout d'une disposition spécifique (comme dans les arrêts additifs traditionnels), mais à l'ajout de contenus génériques dérivant d'un ou plusieurs principes, dont la mise en œuvre revient, en définitive, au législateur et, provisoirement, aux juges, appelés à appliquer le(s) principe(s) aux cas concrets, dans l'attente d'une réponse du législateur ayant une portée générale⁴⁰. À l'évidence, l'exécution de ce type de décision est assez différente de celle qui caractérise les autres arrêts d'inconstitutionnalité, car les arrêts additifs de principe se situent à la croisée des volets judiciaire et législatif de l'exécution des décisions de la Cour constitutionnelle. En

³⁹ Voir *infra*, II, A, 1.

⁴⁰ Sur les arrêts additifs de principe, voir G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Turin, Giappichelli, 1996 ; G.P. DOLSO, « Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive », *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 4111 *sqq.* ; P. FALZEA, *Le sentenze della Corte costituzionale a contenuto indeterminato e il ruolo del giudice nel processo di integrazione del sistema normativo*, Turin, Giappichelli, 2000.

effet, ce type de décisions requiert une double exécution : si les juridictions doivent répondre aux exigences contingentes découlant de la déclaration de la Cour, en donnant à la disposition une interprétation qui puisse la rendre compatible avec la Constitution⁴¹, le législateur est appelé à mettre en œuvre cette même déclaration en réformant le droit positif de manière à le rendre conforme aux principes que la Cour a établis.

b) La coopération du législateur

N'ayant pas la maîtrise de l'exécution de ses décisions, la Cour constitutionnelle demande assez souvent la collaboration du législateur. C'est ce qui se passe lorsqu'on ne parvient pas à la déclaration d'inconstitutionnalité, mais on ne manque pas alors de souligner l'existence d'une certaine distance entre ce que la Constitution imposerait et ce que le droit positif prévoit concrètement.

Ces types de requêtes de collaboration ont des degrés de contrainte variables.

Dans le système de justice constitutionnelle italien, il n'existe pas l'équivalent des décisions d'incompatibilité rendues, par exemple, par le Tribunal constitutionnel allemand. En outre, la Cour italienne, tout en s'étant reconnue un certain pouvoir de moduler dans le temps les effets de décisions d'inconstitutionnalité⁴², n'est pas en mesure de différer les effets pour donner au législateur le temps de remédier à l'attente à la Constitution qui a été constatée, selon la formule qui est souvent employée par le Conseil constitutionnel français. Il n'est donc pas possible, pour la Cour italienne, d'utiliser un moyen de contrainte très efficace vis-à-vis du législateur, comme l'est certainement une déclaration d'inconstitutionnalité laissant au législateur le temps utile pour éviter les conséquences fâcheuses de son application⁴³.

Dans le système italien, hormis le cas des arrêts additifs de principe, c'est donc vers les décisions de rejet sur le fond ou d'inadmissibilité qu'il faut se tourner pour trouver des requêtes de collaboration que la Cour fait au législateur. Or, s'agissant de décisions qui n'ont pas une portée générale et qui ne sont aucunement dotées d'une force contraignante vis-à-vis du législateur, la tournure de la requête formulée par la Cour ne peut être que celle d'une invitation, d'un avertissement ou, tout au plus, d'une menace, sans pour autant que les conséquences d'une éventuelle omission législative soient prédéterminées et inévitables.

C'est ainsi que la Cour constitutionnelle, en contrôlant une disposition législative, peut constater qu'elle n'est pas contraire à la Constitution, tout en faisant remarquer que la réglementation devrait être rendue plus conforme encore à la Constitution, eu égard, par exemple, aux changements intervenus dans la société. La Cour *invite* donc le législateur à répondre à ces exigences, tout en lui laissant la

⁴¹ Sur la réception des arrêts additifs de principe, voir A. GUAZZAROTTI, « L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni », *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 3435 *sqq.* ; voir aussi, pour une recherche « sur le terrain », U. DE SIERVO, « Una ricerca sull'impatto di alcuni tipi di decisioni della Corte costituzionale », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, p. 695 *sqq.* ; E. LAMARQUE, « Il seguito nella prassi delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005) », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, p. 699 *sqq.*

⁴² Voir *supra*, note 17.

⁴³ Sur les effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle, voir *supra*, A, 2, a).

plus grande marge d'appréciation discrétionnaire, sur le temps et sur la forme de son intervention. Le législateur étant libre, son appréciation de l'opportunité d'une intervention reste souveraine : dans ce cas, la Cour ne va pas plus loin que la simple constatation de la perfectibilité du droit positif. Mais la perfection n'appartient pas aux systèmes juridiques⁴⁴.

Un degré supplémentaire est touché lorsque la Cour, tout en admettant la non-contrariété à la Constitution des dispositions soumises à son contrôle, remarque qu'une telle déclaration pourrait changer dans l'avenir si la question de constitutionnalité se proposait à nouveau, car l'évolution du système, du droit positif ou de la société, pourrait engendrer une situation qui ne serait plus à même de permettre d'adopter une décision de rejet. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'une simple invitation, mais plutôt d'un avertissement que la Cour adresse au législateur pour qu'il réforme le droit positif. Un tel avertissement rend très probable que les juges qui auront à faire application des dispositions ayant fait l'objet de la décision de la Cour soulèveront de nouveau la question de constitutionnalité. Dans ce cas, la Cour sera toutefois libre de répéter l'avertissement (qui devrait sortir renforcé par sa répétition) ou bien de passer à la déclaration d'inconstitutionnalité.

L'alternative ne devrait pas se poser, du moins en principe, lorsque la Cour arrive à une véritable menace, qui est envisageable dans deux catégories de décisions⁴⁵.

La première est celle des dites déclarations « d'encore constitutionnalité » : la Cour constitutionnelle ne déclare pas l'inconstitutionnalité, pour la simple et bonne raison que les dispositions contrôlées ne portent pas atteinte à la Constitution au moment où elle est saisie. En d'autres termes, le contraste avec la Constitution peut être exclu pourvu que les dispositions soient purement provisoires. Par conséquent, la Cour a soin de préciser qu'à la prochaine occasion elle ne sera plus en mesure de « sauver » la disposition contrôlée, et alors une déclaration d'inconstitutionnalité s'imposera. Le législateur devrait donc avoir soin d'éviter qu'une telle situation se produise, quitte à accepter une inconstitutionnalité qui paraît inévitable.

Dans la seconde catégorie figurent les décisions d'inconstitutionnalité « constatée, mais non déclarée ». Il s'agit de décisions par lesquelles la Cour admet une atteinte à la Constitution portée par les dispositions contrôlées, mais reconnaît

⁴⁴ Voir R. ROMBOLI, « Giudice e legislatore nella tutela dei diritti », dans D. DALFINO (dir.), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Rome, Roma TrE-Press, 2016, p. 525, qui précise à juste titre que, d'une part, le législateur ne peut pas être obligé de répondre à l'invitation de la Cour, « n'étant pas expressément prévue une sanction pour l'omission législative » et que, d'autre part, le fait de ne pas intervenir peut « représenter un choix précis par lequel les sujets politiques montrent qu'ils acceptent que la réglementation de la matière soit laissée, du moins momentanément, au droit jurisprudentiel ». Des exemples d'invitations ou même d'avertissements restés sans suite du fait de l'indifférence du législateur seront présentés *infra*, II^e, B, 1, a).

⁴⁵ Sur ces décisions, voir A. PISANESCHI, « Le sentenze di “costituzionalità provvisoria” e di “incostituzionalità dichiarata” : la transitorietà nel giudizio costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, II, p. 601 *sqq.* ; R. PINARDI, « Discrezionalità legislativa ed efficacia temporale delle dichiarazioni di incostituzionalità : la sentenza n. 125 del 1992 come decisione di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata” », *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 1083 *sqq.* ; R. PINARDI, « La sentenza n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di “rigetto con accertamento di incostituzionalità” », *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 1988 *sqq.* ; R. ROMBOLI, « Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale », dans R. ROMBOLI (dir.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Turin, Giappichelli, 1993, p. 111 *sqq.*

aussi qu'une déclaration d'inconstitutionnalité, tout en protégeant certains justiciables, aurait des conséquences assez négatives pour d'autres. Or, une mise en balance équilibrée des différents préjudices ne pourrait se faire qu'en ayant recours à une marge d'appréciation discrétionnaire qui est propre au législateur : le choix de ne pas déclarer l'inconstitutionnalité réside donc dans le respect que la Cour prête aux prérogatives du Parlement (et des conseils régionaux). Cependant, si une intervention législative continuait à faire défaut, la Cour ne pourrait plus ignorer l'atteinte à la Constitution à la prochaine occasion, et serait alors obligée de déclarer l'inconstitutionnalité, indépendamment des conséquences qu'une telle déclaration produirait. Le législateur serait donc tenu de donner suite à la décision de la Cour afin de protéger, en même temps, ses prérogatives et les intérêts généraux.

Malheureusement, la bonne réception des décisions par lesquelles la Cour demande au législateur de coopérer est loin d'être assurée dans la pratique. C'est peut-être là que se trouvent les difficultés les plus significatives pour ce qui est de l'exécution des décisions du juge constitutionnel.

II. LA « PATHOLOGIE » DE L'EXÉCUTION

Si, en général, les décisions de la Cour constitutionnelle sont respectées et leur exécution est assurée, la coopération des autorités intéressées n'est pas totalement acquise. Tout en étant des exceptions, des cas de contestation peuvent très bien se produire. Leur impact sur le système de justice constitutionnelle est loin d'être négligeable, tant si la contestation vient des juridictions ordinaires (A) que si elle se produit au sein des organes politiques (B).

A. La « contestation judiciaire »

Les juridictions ordinaires sont généralement très respectueuses des décisions de la Cour constitutionnelle. Cela n'empêche pas que des contestations se produisent : elles peuvent être purement apparentes, s'inscrivant dans la logique du système (1), mais elles peuvent aussi se traduire par une opposition assez dure entre les juridictions (2).

1. La contestation apparente

Si le contrôle de constitutionnalité par voie incidente est caractérisé par la possibilité, malgré quelques exceptions, pour les juridictions ordinaires de soulever de nouveau une question qui n'a pas donné lieu à une déclaration d'inconstitutionnalité (a), les réponses de la Cour à de telles saisines ne sont pas nécessairement acquises par avance (b).

a) La nouvelle proposition d'une même question de constitutionnalité

Une fois la décision de la Cour constitutionnelle rendue, le respect dû à son autorité pourrait faire penser que la question concernant les dispositions ayant fait l'objet de la décision est tranchée, et cela indépendamment de l'autorité de la chose jugée, qui, on l'a vu, ne couvre qu'une partie des arrêts. L'article 137, alinéa 3, de la Constitution, aux termes duquel « [a]ucune voie de recours n'est admise contre les décisions de la Cour constitutionnelle » paraît pouvoir venir à l'appui de cette conclusion.

La pratique, mais surtout la logique du système de justice constitutionnelle ne vont toutefois pas en ce sens. Au contraire, le contrôle par voie incidente se nourrit

des doutes « persistants » des juridictions ordinaires. On ne fait donc pas d'obstacles, sous certaines réserves, à ce que les juges soulèvent de nouveau une question de constitutionnalité : c'est justement par ce biais que le système de justice constitutionnelle assure une correspondance constante entre la Constitution, les lois et l'évolution de la société.

Certes, les réserves ne manquent pas, et ne sont pas négligeables. En premier lieu, les nouvelles questions ne doivent pas être dépourvues d'objet. Une telle situation se produit lorsqu'un juge soulève une question de constitutionnalité concernant une disposition de loi que la Cour a déjà déclarée inconstitutionnelle : la question ne peut évidemment pas avoir d'effets, car la disposition n'existe plus dans l'ordre juridique. En d'autres termes, ces nouvelles questions naissent soit d'une erreur du juge *a quo*, qui n'a pas correctement vérifié la jurisprudence constitutionnelle précédente, soit d'un retard dans la proposition de la question, qui est tout à fait légitime au moment où le juge la soulève, mais qui perd son objet parce qu'avant que la Cour se prononce sur celle-ci, la Cour elle-même déclare l'inconstitutionnalité de la disposition contestée en se prononçant sur une autre question, soulevée par un autre juge.

Une deuxième réserve est encore liée aux cas d'une précédente déclaration d'inconstitutionnalité pour lesquels, cependant, la nouvelle question ne demande pas à la Cour de répéter ce qu'elle a déjà dit, mais plutôt de faire machine arrière. Ainsi en est-il quand la nouvelle question porte sur la situation normative résultant de l'inconstitutionnalité déclarée par la Cour, notamment lorsque le dispositif d'inconstitutionnalité est de type manipulatif, et que, partant, la disposition frappée par l'arrêt n'est pas éliminée de l'ordre juridique, mais change de contenu. Une telle question n'est pas admise, parce qu'elle méconnaît l'art. 137, alinéa 3, de la Constitution. En effet, le fait de contester la situation normative résultant de la déclaration de la Cour constitutionnelle débouche, inévitablement, sur la contestation de la déclaration même.

Une autre réserve empêchant la nouvelle proposition d'une question découle de la décision purement procédurale par laquelle la Cour a déclaré la question inadmissible. Si les raisons qui ont fondé la déclaration de la Cour sont liées à des défauts auxquels le juge ne peut pas remédier⁴⁶, alors il ne sera pas possible de soulever de nouveau la question. Si, par contre, les défauts peuvent être remédiés, alors rien ne s'oppose à ce que, une fois les défauts remédiés, le juge soulève de nouveau la question⁴⁷.

Pour ce qui est des décisions de rejet prononcées par la Cour, une seule réserve est envisageable : celle du *ne bis in idem*, qui implique que le juge *a quo* qui a soulevé la question sur laquelle la Cour s'est prononcée ne peut pas soulever la même question au cours du même litige. Les autres juges sont tout à fait libres de présenter de nouveau la même question, même si les probabilités que la Cour change d'attitude s'accroissent si la question est différente, eu égard, par exemple, aux

⁴⁶ Par exemple, si l'inadmissibilité a été déclarée en raison du manque de rang législatif de la disposition contestée, le juge *a quo* ne sera évidemment pas en mesure de saisir de nouveau la Cour.

⁴⁷ Une question soulevée sans que le juge ait présenté de manière suffisamment précise et complète les arguments qui l'ont conduit à saisir la Cour est une question qui peut très bien être soulevée de nouveau, pourvu que le juge enrichisse les motifs exposés dans l'ordonnance de renvoi. Une classification des différentes raisons qui conduisent la Cour à déclarer l'inadmissibilité de la question a été ébauchée *supra*, I, B, 1, a).

normes de références invoquées et/ou aux arguments utilisés à l'appui de l'inconstitutionnalité.

Dans le cas des réserves, le fait de proposer une nouvelle question peut effectivement être considéré (à l'exception des questions qui relèvent de la première réserve mentionnée) comme la contestation d'une décision précédente de la Cour. Dans tous les autres cas, la contestation peut très bien être perçue comme relevant du point de vue subjectif du juge qui soulève de nouveau une question sur laquelle, à son avis, la Cour constitutionnelle n'a pas rendu une décision correcte, mais cela n'a pas de répercussions sur la physiologie du système, puisqu'il s'agit, du point de vue juridique, d'une contestation purement apparente : en principe, les juges ne font qu'exercer leurs pouvoirs, parmi lesquels figure aussi celui de demander à la Cour une nouvelle délibération.

N'ayant doté nombre de décisions constitutionnelles que d'une autorité de précédent (et non de chose jugée), les rédacteurs des textes régissant la justice constitutionnelle ont offert aux juges l'opportunité d'établir un dialogue constant avec la Cour constitutionnelle. Ce dialogue se nourrit aussi de répétitions.

Or, si le système de justice constitutionnelle favorise le dialogue entre les juridictions ordinaires et la Cour constitutionnelle, et si ce dialogue passe aussi par la possibilité offerte à la Cour par les juges de retourner sur ses propres pas, l'aspect crucial de cette démarche a trait à la façon par laquelle la Cour réagit aux questions dont elle est saisie de nouveau.

b) Les réponses de la Cour

Pour ce qui est des réponses de la Cour aux questions proposées de nouveau, la distinction s'impose entre les cas de réserves empêchant la nouvelle proposition et ceux dans lesquels les juges sont libres de soulever de nouveau la question de constitutionnalité.

Pour ce qui est des cas de la première catégorie, la Cour constitutionnelle oppose, en général, l'inadmissibilité des nouvelles questions. Cette inadmissibilité est généralement manifeste et découle soit de l'article 136, alinéa 1^{er}, soit de l'article 137, alinéa 3, de la Constitution. L'article 136, alinéa 1^{er}, sur les effets d'annulation qui résultent de l'inconstitutionnalité prononcée, est le fondement de l'inadmissibilité manifeste des questions ayant comme objet des dispositions qui ont déjà été déclarées inconstitutionnelles. L'article 137, alinéa 3, sur la prohibition des recours contre les décisions de la Cour, est la base des autres cas d'inadmissibilité. Parmi les méconnaissances, la plus délicate est sans doute celle qui tient à la contestation de la situation normative résultant d'un arrêt d'inconstitutionnalité. Les exemples ne sont pas nombreux, mais l'histoire de la justice constitutionnelle en offre quelques-uns. Le plus remarquable est peut-être celui de la contestation par certains juges militaires de l'arrêt n° 409 de 1989, par lequel la Cour avait abaissé les peines prévues pour le délit de refus d'effectuer le service militaire. Par la suite, plusieurs juges militaires avaient soulevé la question de constitutionnalité ayant comme objet la disposition telle qu'elle résultait de l'arrêt manipulatif de la Cour. La réponse de la Cour fut très nette : dans son ordonnance n° 27 de 1990, elle a

déclaré l'inadmissibilité manifeste des questions, en raison de l'objectif qui se cachait derrière la contestation de la disposition, c'est-à-dire la contestation de l'arrêt rendu par la Cour abaissant les peines prévues⁴⁸.

Les réponses de la Cour constitutionnelle sont beaucoup plus variées lorsque la nouvelle proposition d'une question de constitutionnalité est admise sans réserve.

Lorsqu'il s'agit d'une question qui est proposée de nouveau après que le juge *a quo* a remédié aux défauts ayant porté auparavant à l'inadmissibilité, ou bien si c'est un autre juge qui saisit la Cour par une ordonnance de renvoi qui n'a pas les défauts de la précédente, la réponse de la Cour n'est aucunement influencée par une précédente décision d'inadmissibilité.

Par contre, si la question de constitutionnalité fait suite à une décision de rejet sur le fond concernant le même objet, alors c'est l'autorité de précédent des décisions de la Cour qui est mise en cause.

Les études qui ont été menées à propos du précédent dans la jurisprudence constitutionnelle sont assez concordants : le poids des décisions rendues par la Cour est très fort quand la Cour est saisie d'un sujet à l'égard duquel elle s'est déjà prononcée⁴⁹. Les témoignages qui viennent du sein de la Cour même le confirment de manière unanime⁵⁰, mais il suffit de lire les décisions rendues pour constater l'impact que la jurisprudence précédente exerce sur l'issue du procès⁵¹ : la Cour cite un grand nombre de précédents, et il n'est pas rare qu'elle se réfère spécifiquement à une décision rendue dans le passé et l'emploie pour statuer sur la question soumise à son examen.

Dans ce cadre, il est évident que si la Cour a rejeté une question, le sort de la même question soulevée de nouveau paraît destiné à une confirmation du rejet. C'est effectivement ce qui se passe dans la plupart des cas, puisque, en principe, la

⁴⁸ La contestation des juges militaires et la réponse de la Cour sont analysées dans le détail par R. ROMBOLI, « Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale », in R. ROMBOLI (dir.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Turin, Giappichelli, 1990, p. 137 *sqq.* ; voir aussi R. D'ALESSIO, « Una sentenza-legge in materia penale? L'inoppugnabilità della sentenza della Corte e la "ribellione dei giudici" », *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, p. 79 *sqq.*

⁴⁹ Sur l'autorité du précédent dans la jurisprudence constitutionnelle, voir, notamment, A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milan, Giuffrè, 1995 ; R. CALVANO, « Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, I, p. 1279 *sqq.* ; M. CROCE, « Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale », *Contratto e impresa*, 2006, p. 1114 *sqq.* (et notamment, p. 1146 *sqq.*) ; M. PEDRAZZA GORLERO (dir.), *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Padoue, Cedam, 2008.

⁵⁰ Voir G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Turin, Einaudi, 2005, p. 83, mais voir aussi M. CROCE, « Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale », art. cité, p. 1157 *sqq.*, qui fait référence à plusieurs remarques de juges constitutionnels qui ont publiquement admis l'importance du précédent au moment où la Cour doit se prononcer sur une question.

⁵¹ À l'égard des arguments et des motifs qui soutiennent les décisions de la Cour constitutionnelle, voir A. PIZZORUSSO, « La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale : comandi o consigli ? », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1963, p. 346 *sqq.* ; A. RUGGERI (dir.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Atti del Seminario di Messina, 7-8 maggio 1993, Turin, Giappichelli, 1994 ; A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1996 ; P. PASQUINO et B. RANDAZZO (dir.), *Come decidono le Corte costituzionali (e altre Corti)*, Atti del Convegno internazionale di Milano, 25-26 mai 2007, Milan, Giuffrè, 2009.

Cour, devant une question sur laquelle elle s'est déjà prononcée, s'oriente vers le rejet, en le renforçant même : ce n'est que très rarement qu'une telle décision est rendue par arrêt, car la forme ordinaire devient celle d'une simple ordonnance déclarant l'absence manifeste de fondement de la question.

Comme les expériences anglo-saxonnes le montrent très clairement, le précédent est fait pour être respecté, mais aussi pour qu'on l'abandonne si les conditions l'imposent. Autrement dit, la Cour constitutionnelle respecte ses précédents, mais cela n'implique pas que la jurisprudence constitutionnelle reste figée à jamais une fois que la décision est rendue sur une question. Il se peut qu'au fil du temps, d'un temps qui peut être plus ou moins long selon les cas, un revirement s'impose, eu égard, par exemple, à l'évolution de la société. Le cas le plus souvent cité à cet égard est celui de la jurisprudence sur l'adultère. Par son arrêt n° 64 de 1961, la Cour avait rejeté une question évoquant la méconnaissance du principe d'égalité par la disposition du Code pénal de 1930 qui sanctionnait uniquement l'adultère de la femme (et non du mari). Une telle décision avait été contestée en tant que très peu conforme à l'esprit d'une Constitution qui se fondait (entre autres choses) sur la prohibition de toute discrimination fondée sur le sexe. De ce fait, lorsque la question a été soulevée de nouveau, la Cour a admis son erreur, quoique de façon assez anodine (en se référant, notamment, à une évolution intervenue dans la société au cours des sept ans qui s'étaient écoulés), et a déclaré l'inconstitutionnalité de la disposition (arrêt n° 126 de 1968). La contestation implicite ayant donné lieu à la proposition d'une nouvelle question a joué, dans ce cas, un rôle fondamental pour que la Cour puisse retourner sur ses propres pas. Autant dire qu'il n'est pas possible de prévoir exactement comment le juge constitutionnel réagira devant une question déjà rejetée : si du point de vue statistique l'issue la plus probable est la confirmation du rejet, rien ne s'oppose à ce que les choses soient traitées de manière très différente.

2. La contestation réelle

Hormis d'autres cas, assez isolés, d'opposition à une mise en œuvre stricte des décisions de la Cour constitutionnelle, une véritable contestation par les juridictions ordinaires s'est produite, ces derniers ayant revendiqués leurs pouvoirs interprétatifs (a), ce qui a rendu nécessaire la recherche d'un équilibre entre la Cour et les juges (b).

a) La revendication de pouvoirs interprétatifs par les juridictions ordinaires

Dès les premières décisions rendues⁵², la Cour s'est reconnu le pouvoir d'interpréter les dispositions législatives qui faisaient l'objet d'une question préjudicielle, pour la simple et bonne raison qu'avant de contrôler une disposition il est nécessaire d'en déterminer les contenus. Une telle conclusion ne pouvait pas être tenue pour acquise dans la logique du système tel qu'il avait été mis en place, parce qu'en conférant à la Cour constitutionnelle la mission d'exercer un contrôle de constitutionnalité concentré et en conférant aux juges ordinaires le pouvoir de saisine, l'attribution du pouvoir d'arrêter les contenus des dispositions était restée dans le

⁵² Un cas emblématique remonte à quelques semaines à peine après l'entrée en fonction de la Cour : dans l'arrêt n° 8 de 1956, la Cour a reconnu que la disposition dénoncée devait être « interprétée, pour qu'on en contrôle la constitutionnalité, non dans le cadre du système dans lequel elle avait trouvé son origine, mais dans le système actuel dans lequel elle vi[vai]t ».

flou : d'un côté, on aurait pu défendre la thèse selon laquelle rien ni personne n'aurait empêché la Cour constitutionnelle de faire emploi des pouvoirs interprétatifs qui dériveraient tout simplement de sa nature juridictionnelle ; de l'autre, on aurait pu valoriser le rôle des juges ordinaires en leur réservant le pouvoir de déterminer les contenus des dispositions qu'eux-mêmes déféraient à la Cour. L'adoption de cette dernière thèse aurait impliqué une distinction nette entre le « domaine de la constitutionnalité » et le « domaine de la légalité », distinction par laquelle les pouvoirs d'interprétation auraient dû se distinguer selon l'acte à interpréter, de manière à réserver à la Cour constitutionnelle l'interprétation de la Constitution et aux juridictions ordinaires celle des lois⁵³. En renvoyant une question préjudicielle, le juge aurait donc arrêté la portée de la disposition soumise au contrôle et aurait appelé la Cour à faire emploi de son pouvoir d'annulation et, le cas échéant, de son pouvoir d'interpréter la Constitution, sans qu'aucune interprétation de la loi ne lui soit permise.

La solution retenue par la Cour constitutionnelle de revendiquer des pouvoirs herméneutiques à l'égard de la législation poursuivait donc un objectif de concentration de compétences qui n'était gravé ni dans les textes de droit positif ni dans la logique du système.

Pour s'opposer à une telle revendication, les juges ont pu se prévaloir du fait qu'une fois admise – par la Cour constitutionnelle même – la priorité logique de l'interprétation par rapport au contrôle de constitutionnalité, la Cour a dû faire face à la situation dans laquelle l'issue du contrôle était déterminée, non par l'alternative entre inconstitutionnalité et rejet de la question de constitutionnalité, mais plutôt par l'interprétation donnée à la disposition⁵⁴. Pour qu'une telle situation survienne, il était suffisant que la Cour soit confrontée à une affaire où le sort d'une disposition législative pouvait changer selon l'interprétation donnée : si, en attribuant une certaine portée à l'énoncé normatif, l'antinomie avec la Constitution aurait conduit à la déclaration d'inconstitutionnalité, l'attribution d'une portée différente aurait pu apaiser le conflit entre la loi et la Constitution, de manière à ce qu'aucune inconstitutionnalité ne soit à déclarer. L'alternative à la déclaration d'inconstitutionnalité n'a plus été seulement le rejet tout court de la question préjudicielle, mais elle s'est concrétisée aussi dans les arrêts interprétatifs de rejet⁵⁵.

Ce sont précisément les arrêts interprétatifs de rejet qui ont catalysé les revendications des juges ordinaires : la réception de ces arrêts atypiques était, en effet,

⁵³ Sur cette distinction, voir C. MEZZANOTTE, « La Corte costituzionale: esperienze e prospettive », in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Rome-Bari, Laterza, 1979, p. 149 *sqq.* (en part. p. 160).

⁵⁴ Le sujet a été abordé par la doctrine dès les premières années : voir V. CRISAFULLI, « *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria* », *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, p. 929 *sqq.* ; T. ASCARELLI, « *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione* », *Rivista di diritto processuale*, 1957, p. 351 *sqq.* ; F. CARNELUTTI, « *Poteri della Corte costituzionale in tema di interpretazione della legge impugnata* », *Rivista di diritto processuale*, 1962, p. 349 *sqq.* ; E.T. LIEBMAN, « *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale* », *Rivista di diritto processuale*, 1966, p. 567 *sqq.*

⁵⁵ Sur l'origine et la nature des arrêts interprétatifs de rejet, voir G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milan, Giuffrè, 2006, p. 177 *sqq.* ; R. ROMBOLI, « *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico : la contesa sull'interpretazione conforme della legge* », dans P. CARNEVALE et C. COLAPIETRO (dir.), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2008, p. 89 *sqq.*

une occasion pour contester les pouvoirs d'interprétation de la Cour constitutionnelle⁵⁶.

Pour comprendre à quel point l'occasion était propice, il convient de rappeler que l'autorité de la chose jugée des arrêts de la Cour autres que ceux qui déclarent l'inconstitutionnalité n'est pas des plus assurées. Les effets des arrêts interprétatifs de rejet sont donc relativisés de manière significative par l'étendue de l'autorité de la chose jugée, qui est limitée, en effet, aux dispositifs des arrêts de la Cour et ne touche donc pas les motifs : par conséquent, les arrêts interprétatifs de rejet ne disposent pas de la force juridique permettant d'imposer aux juges ordinaires l'interprétation prônée par la Cour.

La « faiblesse » des arrêts interprétatifs rendus par la Cour a produit une situation d'ambiguïté concernant l'impact des solutions interprétatives dégagées dans les arrêts : l'absence d'effets contraignants pour les arrêts de rejet et pour les motifs impliquaient que les juges ordinaires n'étaient pas tenus de suivre l'interprétation proposée par la Cour. Plusieurs théories ont été élaborées afin d'introduire dans le système quelques limites à la marge d'appréciation des juges⁵⁷, mais aucune d'entre elles n'a pu fonder une obligation positive générale découlant de l'arrêt de la Cour.

Si, d'un côté, les arrêts interprétatifs montraient bien que l'interdiction pour la Cour de substituer sa propre interprétation à celle du juge *a quo* n'était plus sérieusement défendable, de l'autre les résistances des juridictions ordinaires dans la réception de ce genre d'arrêts montraient très clairement que les juges n'étaient pas disponibles à céder leurs prérogatives à la Cour. Il revenait donc à la Cour constitutionnelle d'éviter le déclenchement d'un conflit qui aurait pu conduire à une paralysie du système. À l'évidence, une reconnaissance expresse des pouvoirs interprétatifs des juges s'imposait.

b) Un équilibre difficile entre juge constitutionnel et juges ordinaires

Le refus des juridictions ordinaires de se conformer aux interprétations proposées par la Cour constitutionnelle dans les arrêts interprétatifs de rejet a fait émerger de manière indiscutable le fait que la Cour manque de moyens pour s'imposer sur les juges si ce n'est par l'exercice de ses pouvoirs d'annulation des dispositions et des actes législatifs, d'où la nécessité d'une coopération, animée par un dialogue dans lequel le dernier mot ne revient pas invariablement à l'un des interlocuteurs : si le dialogue aboutit à une déclaration d'inconstitutionnalité, le dernier mot est –

⁵⁶ Sur la réception des premiers arrêts interprétatifs de rejet, voir C. MORTATI, « Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, p. 550 *sqq.*

⁵⁷ Le souci a été manifesté, notamment, par V. CRISAFULLI, « Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, p. 96 *sqq.* Plus nuancée est la position de L. ELIA, « Sentenze “interpretative” di norme costituzionali e vincolo dei giudici », *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 1715 *sqq.*, qui a relevé qu'au moment où la Cour constitutionnelle rend un arrêt interprétatif de rejet, le juge ordinaire qui n'entend pas s'y conformer devrait, en principe, reconnaître l'existence d'un doute concernant la constitutionnalité de la norme à appliquer, d'où l'obligation de soulever la question préjudicielle de constitutionnalité.

en principe – celui de la Cour, mais s'il aboutit à une décision qui appelle à l'application (et donc à l'interprétation) de la disposition, ce sont les juges qui en bénéficient⁵⁸.

Ces remarques ont un impact décisif sur le sujet de la reconnaissance par la Cour des pouvoirs interprétatifs des juges ordinaires, car elles conduisent à définir une telle reconnaissance moins comme une « concession » que comme une imposition. Tout en s'attribuant le pouvoir d'interpréter les lois (et non seulement la Constitution), la Cour constitutionnelle n'était en mesure de revendiquer aucun monopole à ce propos. Par conséquent, confrontée à l'opposition des juridictions ordinaires, la Cour n'a pu que confirmer ses pouvoirs, sans pour autant que cela puisse impliquer une contestation du fait que ces mêmes pouvoirs revenaient aussi aux juges ordinaires.

Or, la duplication des titulaires de pouvoirs interprétatifs aurait pu engendrer une compétition, voire une véritable « guerre ». En effet, au cours des années 1960, le système italien a connu la dite « guerre des deux cours », un « dialogue entre de sourds⁵⁹ » qui a vu se confronter, d'un côté, la Cour constitutionnelle, qui visait à conserver les pouvoirs d'interprétation qu'elle s'était attribués dès le début de son fonctionnement et, de l'autre, la Cour de cassation, qui mettait en avant tant la nécessité pour tout juge d'interpréter le droit positif que la mission spécifiquement confiée à la Cassation d'assurer l'interprétation uniforme de la loi (l'ainsi dite *nomofilachia*⁶⁰).

La confrontation, qui avait pour enjeu principal, justement, la nature et l'étendue des effets des arrêts interprétatifs de rejet, n'a pris fin qu'au moment où la Cour constitutionnelle a accepté de prendre du recul en présence de certaines circonstances. Si le principe de la duplicité des titulaires des pouvoirs interprétatifs n'a pas été remis en question, concrètement, la Cour constitutionnelle a accepté de céder le passage dans les cas où la jurisprudence des juridictions ordinaires, eu égard à

⁵⁸ En général, sur les rapports entre la Cour constitutionnelle et les juridictions ordinaires, voir V. ONIDA, « Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale », in P. BARILE, E. CHELI et S. GRASSI (dir.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologne, il Mulino, 1982, p. 159 sqq. ; P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (dir.), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turin, Giappichelli, 1997 ; E. NAVARRETTA et A. PERTICI (dir.), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Pise, Plus, 2004 ; G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Turin, Giappichelli, 2005 ; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, op. cit., p. 177 sqq. ; R. ROMBOLI, « Giudici comuni e Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi », dans M. REVENGA SÁNCHEZ, E.J. PAJARES MONTOLIO J.R. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ALVAREZ (dir.), *50 años de Corte Constitucional italiana, 25 años de Tribunal Constitucional español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 359 sqq. ; R. ROMBOLI, « Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico : la contesa sull'interpretazione conforme della legge », op. cit., p. 89 sqq. ; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Rome-Bari, Laterza, 2012 ; A. PUGIOTTO, « Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale ? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni », *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 148 sqq.

⁵⁹ Voir V. CRISAFULLI, « Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale », op. cit., p. 98.

⁶⁰ À propos de l'incidence de la « *nomofilachia* » sur les décisions de la Cour constitutionnelle, voir A. CARDONE, « Funzione di nomofilachia della Cassazione e pronunce della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 2884 sqq. ; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Naples, Editoriale Scientifica, 2014, p. 147 sqq.

son uniformité, pouvait être considérée comme étant dotée d'une autorité renforcée. Il s'agit de la doctrine du « droit vivant⁶¹ », par laquelle le juge constitutionnel renonce à proposer sa propre interprétation d'une disposition législative et se soumet à celle qui a été dégagée par la jurisprudence de manière largement partagée, et notamment par la jurisprudence constante de la Cour de cassation (ou du Conseil d'État) : dans ce cas, la Cour constitutionnelle contrôle la constitutionnalité de la disposition en se considérant obligée de suivre l'interprétation consolidée, ce qui implique que l'issue du contrôle est soit le rejet tout court de la question, soit la déclaration d'inconstitutionnalité, car aucune marge ne subsiste pour un arrêt interprétatif, qui impliquerait la proposition (ou l'imposition⁶²) d'une interprétation différente de la part de la Cour.

L'auto-limitation du juge constitutionnel est donc associée, d'un côté, à la reconnaissance du rôle d'unification de la jurisprudence propre aux juridictions ordinaires suprêmes – et notamment à la Cassation – et, de l'autre, au respect de l'exigence de stabilité de l'interprétation, dont les justiciables sont les premiers bénéficiaires. Bien évidemment, pour les cas où les conditions pour que la Cour constitutionnelle s'incline ne seraient pas remplies, la Cour s'est réservée la possibilité de proposer son interprétation, de manière à ce qu'elle mette en jeu moins son autorité que son influence pour contribuer à dégager une interprétation qui débouche, le cas échéant, sur la formation d'un nouveau « droit vivant ».

La règle que la Cour constitutionnelle s'est elle-même imposée a permis de sortir de l'impasse et a assuré le maintien de la « paix » entre les juridictions constitutionnelle et suprêmes pendant plusieurs décennies. Ce n'est que vers la fin des années 1990 que quelques turbulences se sont manifestées, notamment lorsque la Cour constitutionnelle a abandonné l'attitude strictement respectueuse du « droit vivant » et a parfois évité une déclaration d'inconstitutionnalité en proposant une interprétation différente de la disposition capable d'éliminer la cause de l'invalidité qui l'affectait, même en présence d'une interprétation uniforme⁶³. Dans un premier

⁶¹ Sur laquelle les contributions doctrinales sont très nombreuses. Parmi celles-ci, voir, notamment, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e « diritto vivente »*, Milan, Giuffrè 1994 ; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, op. cit., p. 183 sqq. ; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Naples, Jovene, 2008 ; E. RESTA, *Diritto vivente*, Rome-Bari, Laterza, 2008 ; M. CAVINO (dir.), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, volume I, Milan, Giuffrè, 2009 ; M. CAVINO, « Diritto vivente », dans *Digesto delle discipline pubblicistiche – Aggiornamento*, Turin, Utet, 2010, p. 134 sqq. ; A.S. BRUNO, M. CAVINO (dir.), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. II, Milan, Giuffrè, 2011). Une étude assez récente centrée sur la jurisprudence est celle de L. SALVATO, *Profili del « diritto vivente » nella giurisprudenza costituzionale*, Corte costituzionale, Servizio Studi e Massimario, février 2015, disponible en ligne à la page [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf] (consultée le 7 février 2019).

⁶² Nous avons pu constater que la proposition est celle qui découle d'un arrêt interprétatif de rejet, tandis que les arrêts interprétatifs d'inconstitutionnalité se traduisent par l'obligation faite aux juges ordinaires de ne pas suivre l'interprétation qui a été déclarée inconstitutionnelle.

⁶³ T. GROPPI, « Verso una giustizia costituzionale “mite” ? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni », *Politica del diritto*, 2002, 217 sq. parle d'une véritable « crise » de la doctrine du « droit vivant » ; voir aussi R. ROMBOLI, « Qualcosa di nuovo... anzi d'antico : la contesa sull'interpretazione conforme della legge », art. cité, p. 89 sqq.

temps, notamment par un arrêt de 1998⁶⁴, la Cour de cassation s'est montrée très « attentive » aux indications venant de la Cour constitutionnelle ; mais une telle attitude, qui pouvait surprendre en comparaison avec celle adoptée dans le passé, a laissé la place, quelques années plus tard, par un arrêt de 2004⁶⁵, à une nouvelle revendication des pouvoirs interprétatifs des juges ordinaires, qui ne peuvent aucunement être contraints de suivre l'interprétation des dispositions législatives suggérée par la Cour constitutionnelle.

Cette dernière position de la Cour de cassation n'est pas allée jusqu'à donner lieu à une nouvelle « guerre entre les cours », la Cour constitutionnelle, par un arrêt de 2005⁶⁶, une fois constaté que son interprétation « constitutionnellement orientée » avait été rejetée par la Cour de cassation, n'ayant pas insisté dans l'approche conservatrice à l'égard de la disposition législative, mais a accepté d'en déclarer l'inconstitutionnalité⁶⁷. Cela ne doit pas surprendre, car le dialogue ne peut avoir lieu que si les deux parties acceptent, autant que possible, les raisons de l'autre.

B. La contestation politique

Le Parlement et, en général, les acteurs politiques ne sont pas tous prêts à se conformer aux décisions de la Cour constitutionnelle. Au fil du temps, un certain nombre de résistances se sont révélées, même, si le plus souvent, elles n'ont pas été expressément déclarées (1). Toutefois, des contestations explicites se sont également parfois manifestées (2).

1. La contestation implicite

Le législateur peut tenter de s'opposer à une décision de la Cour sans pour autant la contester de manière expresse. Il peut alors choisir une sorte de « résistance silencieuse », pour ainsi dire, qui se traduit soit par une indifférence à l'égard des décisions rendues (a), soit par des tentatives de les contourner (b).

a) L'indifférence

La portée contraignante des décisions de la Cour constitutionnelle étant limitée aux arrêts d'inconstitutionnalité, la nécessité d'une coopération de la part du législateur se manifeste, on l'a vu⁶⁸, surtout à l'égard des décisions où figurent des invitations, des avertissements ou des véritables menaces.

⁶⁴ Voir Cour de cassation, chambres pénales réunies, arrêt du 16 décembre 1998, *Anagni* ; l'arrêt est commenté par E. LAMARQUE, « Le sezioni unite penali della Cassazione “si adeguano”... all'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 1412 *sqq.*

⁶⁵ Voir Cour de cassation, chambres pénales réunies, arrêt du 17 mai 2004, *Pezzella* ; l'arrêt est commenté par G.P. DOLSO, « Le interpretative di rigetto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione », *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 3021 *sqq.*

⁶⁶ Voir Cour constitutionnelle, arrêt n° 299 de 2005 ; l'arrêt est commenté par G.P. DOLSO, « Prognosi sul futuro delle interpretative di rigetto », *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 2930 *sqq.*

⁶⁷ Pour l'évolution des rapports entre Cour constitutionnelle et Cour de cassation marquée par les arrêts qui viennent d'être mentionnés, voir R. ROMBOLI, « Giudici comuni e Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi », art. cité, p. 389 *sqq.*

⁶⁸ Voir *supra*, I, B, 2, b).

C'est au sujet de ces décisions que peut émerger – et que se manifeste, en effet, assez souvent – une attitude du législateur que l'on pourrait qualifier d'indifférence. Une telle attitude devient de plus en plus cruciale au fur et à mesure du degré de nécessité que la Cour exprime à l'égard d'une réponse du législateur qui modifie le droit positif.

Or, les cas où le législateur italien n'a pas répondu aux sollicitations de la Cour constitutionnelle sont plutôt nombreux. L'inertie du législateur a été maintes fois censurée par la Cour constitutionnelle, qui a soit répété l'invitation, renforcée par un avertissement ou même une véritable injonction, soit en est venue, finalement, à une déclaration d'inconstitutionnalité.

Une recherche dans la jurisprudence constitutionnelle permettrait de déceler des exemples tirés des matières les plus diverses et liés à des situations parfois très délicates.

Pour donner seulement un exemple qui puisse témoigner des enjeux qui se présentent – mais le choix est tout à fait personnel –, on peut mentionner le cas de la révision des arrêts définitifs de condamnation pénales déclarés contraires à la Convention européenne des droits de l'Homme par la Cour de Strasbourg. La Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 129 de 2008, avait adressé au législateur une « invitation péremptoire » à introduire la possibilité, dans certains cas, de la révision. Malgré cette invitation et malgré l'importance du sujet, le législateur était resté inactif, confirmant ainsi une situation juridiquement intolérable, à savoir celle de condamnations, déclarées contraires aux droits fondamentaux, insusceptibles de révision. Face à une telle anomalie, la Cour constitutionnelle, saisie à nouveau de l'affaire, n'a pas eu d'autre alternative qu'une déclaration d'inconstitutionnalité accompagnée de la modification du texte de l'article du Code de procédure pénale sur la révision des arrêts définitifs (arrêt n° 113 de 2011). C'est donc seulement grâce à la Cour que la révision est devenue possible.

Au lieu de proposer une sélection, nécessairement arbitraire, des invitations et des avertissements qui n'ont pas obtenu de réponse de la part du législateur, il est peut-être plus intéressant de faire référence à deux occasions récentes dans lesquelles le Président de la Cour constitutionnelle, en représentant l'ensemble des juges, a pu aborder directement le sujet. Dans les deux cas, il s'agissait de l'entretien avec la presse que la Cour organise chaque année pour illustrer la jurisprudence de l'année qui vient de terminer. C'est peut-être un des moments les plus solennels au cours desquels la Cour s'ouvre à l'opinion publique, d'où le poids conféré aux propos du Président⁶⁹.

Au cours de l'entretien qui a eu lieu le 22 février 2018, le Président Paolo Grossi a mis en exergue « les nombreux “rappels”, “souhaits” ou “avertissements” que la Cour a adressé au législateur [au cours de l'an 2017], pour prôner une réglementation appropriée, ou plus appropriée, des matières ayant fait l'objet d'un contrôle⁷⁰ ». Le Président en a dressé une liste assez longue, où figuraient l'opportunité de remplacer le tirage au sort pour le choix de la circonscription électorale de la part du député élu dans plusieurs circonscriptions ; la nécessité de s'assurer que les systèmes

⁶⁹ Les textes des discours tenus par les présidents à l'occasion de l'entretien annuel avec la presse sont consultables sur le site *internet* de la Cour [www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/documentazione/relazioni_annuali.do] (consulté le 7 février 2019).

⁷⁰ Voir *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/grossi2018/grossi_relazione2018.pdf, p. 9.

électorales des deux Chambres, bien que différents, n'entravent pas la formation de majorités homogènes ; l'opportunité d'introduire une réglementation plus souple pour le cumul des salaires et des retraites ; la nécessité de modifier le système de refoulement des étrangers en assurant une garantie juridictionnelle lorsque l'étranger a fait son entrée dans le territoire national ; la nécessité de respecter le principe de proportionnalité des peines pour des délits en matière de drogues ; l'indispensable renforcement des études sur l'impact financier des allocations sociales, notamment dans le cadre des rapports entre l'État et les Régions.

Quelques années auparavant, le même sujet s'est vu reconnaître une importance particulière par le Président Franco Gallo, lors de l'entretien du 12 avril 2013⁷¹. Le Président de la Cour a expressément parlé d'un dialogue « difficile » avec le législateur, qui résulte, notamment, des cas dans lesquels la Cour sollicite le législateur pour modifier des dispositions considérées contraires à la Constitution : « [d]e telles sollicitations ne peuvent pas être sous-estimées », car « [e]lles représentent le seul moyen à disposition de la Cour pour induire les organes législatifs à éliminer des situations d'inconstitutionnalité », lorsque la réforme de secteurs entiers de l'ordonnancement juridique est requise ou la réforme peut être réalisée sous plusieurs formes toutes admises par la Constitution.

Dans le passage peut-être le plus important de son discours, le Président a eu soin de souligner que « ces appels ne sont pas de simples souhaits d'un changement du droit positif, mais sont l'affirmation – rendue dans l'exercice typique des missions de la Cour – que, sur la base de la Constitution, le législateur est tenu d'intervenir en la matière ». Le Président a donc cherché à donner une valeur contraignante aux avertissements, ce qui ne paraît pas tout à fait acquis par la doctrine, comme on a pu constater à plusieurs reprises.

La recherche de fondements à l'obligation pour le législateur a été renforcée par une liste assez longue de cas, tirés de la jurisprudence des années et des décennies précédentes⁷², dans lesquels les avertissements avaient été ignorés, produisant des situations très délicates et une mise en danger de la primauté de la Constitution.

À l'évidence, si le Président de la Cour en vient, dans une occasion aussi formelle, à critiquer l'attitude du législateur, cela s'explique par le malaise qu'a exprimé la Cour relativement à l'indifférence des organes politiques.

b) Le contournement des décisions

La contestation implicite peut aller au-delà de la simple indifférence : le législateur a parfois essayé de contourner la décision du juge constitutionnel. De nouveau, il n'est pas possible de dresser la liste des cas dans lesquels le législateur a agi de la sorte. D'ailleurs, il est peut-être plus utile, afin d'illustrer les démarches possibles,

⁷¹ Voir *Riunione straordinaria del 12 aprile 2013. Relazione del Presidente prof. Franco Gallo*, [www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/RelazioneGallo_20130412.pdf], p. 8 *sqq.*

⁷² L'entretien portait sur la jurisprudence constitutionnelle de l'année 2012, mais le Président n'a mentionné que des cas tirés des années précédentes.

de présenter deux situations qui paraissent emblématiques, et ce d'autant plus qu'elles ont trait à des sujets politiquement très sensibles⁷³.

L'un concerne le domaine de la radiotélévision. Par l'arrêt n° 826 de 1988, la Cour avait invité le législateur à fixer des limites en matière de concession des émissions afin d'éviter tout risque de position dominante, incompatible avec la garantie du droit à la libre expression de la pensée. Pour toute réponse, la loi n° 223 du 6 août 1990 avait validé une situation de fait, permettant à un seul individu de posséder trois chaînes de télévision. Cette réglementation avait été confirmée par le décret-loi n° 323 du 27 août 1993, converti par la loi n° 422 du 27 octobre 1993, relative à la procédure d'attribution des concessions. La Cour constitutionnelle avait été alors saisie du contrôle de constitutionnalité du décret-loi et, dans son arrêt n° 420 de 1994, elle avait déclaré son inconstitutionnalité. Puisque l'annulation de cette norme aurait produit des effets encore plus négatifs que son maintien, la Cour avait confirmé, à titre purement provisoire, les concessions en vigueur, et donc la concentration de trois chaînes entre les mains d'une seule personne.

Juste avant que le délai fixé pour la validité provisoire des concessions ne s'écoule, le Gouvernement avait adopté le décret-loi n° 444 du 28 août 1996, converti par la loi n° 650 du 23 décembre 1996 qui, « afin de se conformer à la décision de la Cour constitutionnelle du 7 décembre 1994 » (!), avait prolongé le délai. Le délai avait été ensuite de nouveau prolongé par la loi n° 249 du 31 juillet 1997, qui avait été soumise à son tour au contrôle de constitutionnalité. Dans l'arrêt du n° 466 de 2002, la Cour avait renouvelé la déclaration d'inconstitutionnalité, en différant encore une fois les effets de la déclaration : elle avait donc fixé au 31 décembre 2003 le délai définitif pour adopter une nouvelle réglementation.

Avec quelques mois de retard, la loi n° 112 du 3 mai 2004 avait réformé le système de la radiotélévision, sans pour autant éliminer la possibilité pour un seul individu d'être propriétaire de trois chaînes de télévision.

Toutefois, dans les seize années qui ont suivi 1988, la technologie avait avancé et donc, désormais, les trois chaînes qui transmettaient par voie hertzienne étaient en concurrence avec celles qui transmettaient en numérique. De ce fait, les exigences du pluralisme avaient été respectées, en tenant compte de la totalité des chaînes disponibles (aucun problème ne dérivant, apparemment, du fait que la personne qui détenait les trois chaînes hertziennes possédait aussi de nombreuses chaînes numériques). Le progrès technologique, ainsi qu'un certain adoucissement des esprits les plus critiques, avaient donc permis au législateur de contourner les décisions du juge constitutionnel.

L'autre exemple a une issue opposée. Au début du siècle, les ennuis judiciaires du Président du Conseil des ministres de l'époque avaient mis en évidence l'absence de

⁷³ Un autre cas, tout à fait différent, peut être celui l'article 69 de la loi du 18 juin 2009, n° 69, par lequel le législateur a reconnu au Conseil d'État, statuant dans le cadre d'un recours extraordinaire adressé au Chef de l'État, la qualité de juge ayant le pouvoir de soulever une question de constitutionnalité, ce qui avait été exclu par l'arrêt n° 254 de 2004. Il s'agit effectivement d'une anomalie, puisque le législateur, tout en ne touchant pas à l'autorité de la chose jugée, eu égard à l'étendue de celle-ci, a fait usage de son autorité afin d'empiéter (de façon assez contestable) sur la jurisprudence constitutionnelle : saisie d'une question de constitutionnalité soulevée par le Conseil d'État statuant justement sur un recours extraordinaire, la Cour a toutefois reconnu au législateur le pouvoir d'introduire des dispositions telles que celle de l'article 69 de la loi n° 69 de 2009, et elle a par conséquent opéré un revirement par rapport à sa jurisprudence précédente (arrêt n° 73 de 2014).

protection à l'égard des poursuites fondées sur des délits qu'il aurait commis avant qu'il ne soit investi des fonctions gouvernementales. La majorité parlementaire avait donc adopté la loi n° 140 du 20 juin 2003, qui prévoyait la suspension des procès en cours contre les titulaires des hautes charges de l'État pendant leurs mandats. La Cour constitutionnelle, par son arrêt n° 24 de 2004, avait déclaré inconstitutionnelle cette loi, en se fondant sur certains motifs, sans en aborder d'autres, eu égard à la suffisance des premiers pour arriver à la déclaration.

Lorsque le Président du Conseil à l'origine de la loi de 2003 est revenu au pouvoir, en 2008, après une période de deux ans dans l'opposition, le Parlement a adopté la loi n° 124 du 23 juillet 2008, qui n'était qu'une répétition corrigée de la loi n° 140 de 2003 : les corrections correspondaient aux suggestions de l'arrêt n° 24 de 2004, ce qui semblait (à la majorité parlementaire) suffisant pour éviter une nouvelle déclaration d'inconstitutionnalité. Saisie de la question à propos de la nouvelle loi, la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 262 de 2009, a toutefois réitéré la déclaration de non-conformité, précisant que la réglementation des immunités des hautes charges de l'État ne pouvait être adoptée par une simple loi ordinaire, mais nécessitait une loi constitutionnelle (l'argument n'avait pas été exposé dans la décision de 2004 en raison du principe d'économie processuelle mentionné ci-dessus).

Or, l'adoption d'une telle loi constitutionnelle n'était pas envisageable au vu du contexte politique. Ainsi, pour suspendre les procès contre le Président du Conseil, le Parlement avait adopté la loi n° 51 du 7 avril 2010, permettant aux membres du Gouvernement d'opposer leur empêchement à être présents aux audiences judiciaires en raison de l'agenda du Gouvernement, l'opposition ayant pour effet d'imposer au juge le renvoi des audiences, faisant durer, dans le temps, le procès⁷⁴. Il s'agissait à l'évidence d'une démarche visant à contourner les arrêts de la Cour ; et celle-ci, une nouvelle fois saisie de cette nouvelle loi, l'a déclarée partiellement inconstitutionnelle dans son arrêt n° 23 de 2011. Les effets de cet arrêt se sont traduits par la possibilité offerte au juge de vérifier les raisons mêmes de l'empêchement concrètement opposé, et de décider, le cas échéant, de l'opportunité ou non du renvoi de l'audience. Le référendum du mois de juin 2011 a, ensuite, abrogé la loi (ou, pour mieux dire, ce qu'il restait de la loi), mettant ainsi fin à la confrontation entre le législateur et la Cour. La confrontation a imposé, cette fois, au législateur de s'incliner devant les raisons de la Constitution.

2. La contestation explicite

L'opposition radicale à une décision de la Cour constitutionnelle implique la tentative d'imposer une solution différente. La contestation peut se manifester par une atteinte, par la voie législative ordinaire, à l'autorité de la chose jugée (a), il n'en reste pas moins que le Parlement a toujours la possibilité d'adopter une loi de révision constitutionnelle (b).

a) L'atteinte à l'autorité de la chose jugée

L'autorité de la chose jugée dont sont revêtus les arrêts de la Cour constitutionnelle qui déclarent l'inconstitutionnalité d'une loi ou de dispositions législatives

⁷⁴ Selon les opposants de cette loi, le temps ne devait pas être considéré pour la prescription, puisque, en Italie, la prescription continue à courir même lors du déroulement du procès.

implique que le législateur ne pourra pas adopter une nouvelle loi qui limite, voire anéantisse, la portée de la décision de la Cour⁷⁵.

Un tel principe, qui dérive de l'article 136, alinéa 1^{er}, de la Constitution, est assez clair du point de vue théorique, mais il requiert une concrétisation et une mise en œuvre qui peut cacher des difficultés non négligeables.

Une précision préliminaire s'impose. L'impact de la chose jugée et son respect changent de manière considérable selon les vices qui ont porté à la déclaration d'inconstitutionnalité : si la raison de l'inconstitutionnalité est due à certains vices de forme, la portée de la chose jugée est assez limitée, car le législateur reste tout à fait libre d'adopter une nouvelle loi, même identique à celle qui a été annulée, pourvu qu'il évite d'encourir dans les mêmes vices. En particulier, tout dépend de la nature du vice de forme : s'il est remédiable (s'il s'agit, par exemple, d'un vice découlant du défaut de la requête d'un avis), alors le législateur est libre de recommencer la procédure aboutissant au même produit législatif, pourvu qu'il soit attentif à ne pas répéter son erreur ; si, par contre, le vice n'est pas remédiable (c'est le cas, par exemple, de l'incompétence), alors la déclaration d'inconstitutionnalité devient un verrou devant lequel le législateur doit s'incliner. Dans cette dernière éventualité, une situation se présente qui se rapproche de celle d'une invalidité interne, découlant du contenu des dispositions. C'est précisément à ce type de vices que l'on pense généralement lorsque l'on essaie de donner une définition de la portée de la chose jugée.

Une lecture très restrictive de la notion est celle qui la relie aux effets rétroactifs de la déclaration d'inconstitutionnalité : autrement dit, le législateur porterait atteinte à la chose jugée dans le cas où il adopterait une loi visant à réintroduire les dispositions censurées ou une partie de celles-ci en leur donnant des effets rétroactifs, car cela signifierait que le législateur cherche à reproduire la situation normative que la Cour a déclaré inconstitutionnelle.

En adoptant une telle interprétation, très formaliste⁷⁶, on aurait du mal à trouver des cas de contestations aussi imprudentes de la part du législateur. La jurisprudence constitutionnelle en témoigne assez clairement. Pendant plus de cinquante ans, en effet, la Cour a eu tendance – avec quelques rares exceptions – à limiter les

⁷⁵ Au sujet de l'autorité de la chose jugée dans le procès constitutionnel italien, voir l'étude de F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Turin, Giappichelli, 2002, à laquelle on renvoie pour l'analyse des questions théoriques sous-jacentes à la notion de « chose jugée » dans le contentieux constitutionnel, et à celle d'U. TASCIOTTI et I. MEGALI, *Il giudicato costituzionale*, Rome, Aracne, 2016, qui offre un panorama très complet de l'évolution récente de la jurisprudence constitutionnelle et des problèmes qui se posent dans la pratique. Au sujet de la « chose jugée » dans le procès par voie incidente, voir A. LOLLO, « Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via incidentale », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, n° 2 ; une telle analyse est menée également pour les procès par voie d'action : voir A. LOLLO, « Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via principale », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (www.rivistaaic.it), 2012, n° 1. Pour ce qui a trait à la chose jugée dans les conflits entre les pouvoirs de l'État, qui ne fera pas l'objet d'étude dans cette contribution, voir M. PERINI, *Il seguito e l'efficacia nelle decisioni costituzionali nei conflitti fra poteri dello Stato*, Milan, Giuffrè, 2003.

⁷⁶ Une telle interprétation a été prônée par A. PIZZORUSSO, « Effetto di “giudicato” ed effetto di “precedente” delle sentenze della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 1976 *sqq.*, qui a souligné que les décisions de la Cour sont généralement protégées par leur autorité de précédent, plutôt que de chose jugée.

références à l'atteinte à la chose jugée aux cas les plus éclatants de nouvelles dispositions visant à « rétablir ou préserver les effets d'une norme ayant déjà été déclarée inconstitutionnelle⁷⁷ ». La conséquence en était que même lorsque le législateur adoptait une disposition quasiment identique à celle qui avait été censurée, en lui donnant des effets limités à l'avenir, la Cour ne faisait pas nécessairement recours à l'autorité de la chose jugée, car le changement des circonstances de fait, le changement de l'interprétation de la norme constitutionnelle de référence ou tout simplement le « facteur temps » pouvaient rendre constitutionnelle une norme qui ne l'était pas auparavant. Ainsi, il n'était pas exclu que même la nouvelle adoption d'une disposition inconstitutionnelle ne puisse pas encourir une nouvelle sanction de la part du juge constitutionnel⁷⁸.

En raison de cette approche, l'autorité de la « chose jugée », tout en gardant une certaine centralité théorique (qui s'exprimait notamment par la reconnaissance du caractère préjudiciel du moyen tiré de la méconnaissance de l'article 136 de la Constitution par rapport aux autres moyens), était, dans la pratique, assez minimisée, alors que des exigences concrètes allaient dans le sens d'une tentative de renforcer la protection des décisions d'inconstitutionnalité.

En effet, la limitation de la portée d'une déclaration d'inconstitutionnalité peut être atteinte même sans adopter une disposition qui se présente ouvertement contestatrice par rapport à la décision de la Cour. Et c'est précisément ce que le législateur national et les législateurs régionaux ont de plus en plus fait. Les atteintes indirectes et en quelque sorte masquées que les législateurs ont porté à l'autorité de la chose jugée ont conduit la Cour constitutionnelle à adopter une notion plus substantielle de « chose jugée », en étendant ainsi sa portée, jusqu'à ce que l'article 136, alinéa 1^{er}, de la Constitution ait pu être invoqué pour des cas qui, auparavant, ne pouvaient figurer que parmi les contournements de décisions de la Cour.

Le changement d'attitude s'est produit avec l'arrêt n° 350 de 2010, où l'on a constaté la violation de l'article 136 de la Constitution parce qu'une disposition soumise au contrôle de la Cour ne représentait, pour l'essentiel, qu'« une simple reproduction d'une disposition [qui avait été] déclarée inconstitutionnelle » quelques semaines auparavant. La Cour a repris ses décisions précédentes qui représentaient l'exception à l'approche formaliste majoritaire, pour établir que

les décisions d'inconstitutionnalité ont comme destinataire le législateur même, qui est donc empêché non seulement de prévoir que la norme déclarée inconstitutionnelle maintienne ses propres effets, mais aussi de poursuivre et d'atteindre, « même de manière indirecte », des résultats correspondant à ceux qui avaient déjà été considérés comme portant atteinte à la Constitution⁷⁹.

⁷⁷ Le passage cité est tiré de l'arrêt n° 262 de 2009, mais beaucoup d'autres décisions vont dans le même sens.

⁷⁸ Sur les problèmes dérivant de cette approche, voir A. BONOMI, « Ai fini della violazione del giudicato costituzionale è necessario che la legge dichiarata incostituzionale e quella riproduttiva siano perfettamente identiche? », *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 13 octobre 2013.

⁷⁹ L'arrêt n° 350 de 2010 est commenté par A. ANZON DEMMIG, « Il rispetto del “giudicato costituzionale” : un richiamo severo della Corte al legislatore », *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 4913 *sqq.*, et par A. LOLLO et A. MORELLI, « Vincolo del giudicato costituzionale e ruolo della Corte », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (www.rivistaaic.it), 2011, n° 2.

Depuis, la jurisprudence a confirmé à plusieurs reprises la nouvelle approche substantialiste, qui a fait en sorte que le recours à l'atteinte à la chose jugée devienne un moyen assez souvent utilisé, et non sans succès. Grâce au revirement de 2010, la Cour a donc trouvé – semble-t-il – une solution, quoique partielle, pour combattre les cas de contournement de ses décisions.

b) Les « lits de justice »

Pour chaque décision de la Cour constitutionnelle qui déclenche une opposition de la part de la classe politique, le débat autour de la question de savoir qui détient « le dernier mot » s'ouvre inexorablement. Parfois, le débat débouche sur la proposition d'une révision constitutionnelle visant à imposer l'autorité du Parlement vis-à-vis de la jurisprudence contestée. C'est ce que, en France, on a désigné comme les « lits de justice⁸⁰ » en se référant à la pratique de l'Ancien Régime.

Il faut bien admettre qu'en Italie les révisions constitutionnelles sont assez difficiles à adopter, de telle sorte que ce moyen radical de contestation envers la Cour n'est que très rarement envisagé. Un véritable « lit de justice » ne s'est en réalité produit qu'une seule fois. La raison de cette rareté est liée, vraisemblablement, au prestige de l'institution, qui a mis souvent à mal des tentatives de surmonter par la simple autorité du Parlement les arguments fondés sur la Constitution, le droit et l'État de droit qui sont propres à la Cour.

La force pour s'opposer d'une manière aussi nette au magistère de la Cour constitutionnelle et pour adopter une révision constitutionnelle en réaction à une décision spécifique n'a été déployée par la classe politique qu'à l'occasion de la réforme portée par la loi constitutionnelle n° 2 du 23 novembre 1999, qui a constitutionnalisé certains principes de la procédure pénale. L'adoption d'une telle loi constitutionnelle a expressément eu pour but d'aller à l'encontre de l'arrêt n° 361 de 1998, dans lequel la Cour avait déclaré l'inconstitutionnalité de la disposition du Code de procédure pénale introduite par la loi n° 267 du 7 août 1997. Cette loi excluait la force probatoire des déclarations rendues, au cours des enquêtes, par des personnes qui avaient ensuite refusé de se soumettre, au cours du procès, au contre-interrogatoire de l'accusé. La réforme impliquait de mettre à mal bon nombre de procès concernant la *mafia*, fondés en large mesure sur les déclarations de « repentis » qui décident de collaborer avec la justice : en mettant en balance les droits individuels et les exigences collectives, la Cour avait considéré inacceptable que de tels procès puissent être entravés.

Or, puisque la loi censurée était le résultat d'un compromis entre les différentes forces politiques sur un sujet politiquement très sensible, le Parlement a revendiqué son autorité en adoptant la loi constitutionnelle n° 2 de 1999, qui a inséré dans l'article 111 de la Constitution un certain nombre de principes concernant le procès équitable, dans le but de surmonter une jurisprudence constitutionnelle critiquée pour ne pas offrir suffisamment de garanties⁸¹.

⁸⁰ Voir G. VEDEL, « Schengen et Maastricht (À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue française de droit administratif*, 1992, p. 173 *sqq.*

⁸¹ Voir N. ZANON, « La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'«ultima parola» al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità », *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 3169 *sqq.* ; M.A. CABIDDU, « Ancora su Corte costituzionale e legislatore : tra l'art. 513 c.p.p. e il «nuovo» art. 111 Cost. », *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 247 *sqq.*

Si dans le cas de la loi constitutionnelle n° 2 de 1999, le double élément de la contestation immédiate et spécifique d'un arrêt de la Cour était bien présent, cela ne se retrouve pas dans deux autres lois constitutionnelles qui peuvent figurer parmi celles qui s'opposent à la jurisprudence constitutionnelle.

La loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001 a produit la réforme sans doute la plus étendue de Charte constitutionnelle, car elle a modifié de manière radicale les rapports entre l'État et les Régions. Parmi les dizaines de dispositions adoptées, figure le nouvel article 117, alinéa 7, de la Constitution, ainsi rédigé :

Les lois régionales enlèvent tout obstacle empêchant une complète égalité des chances entre les hommes et les femmes dans la vie sociale, culturelle et économique et encouragent la parité entre les femmes et les hommes dans l'accès aux charges électives.

La loi constitutionnelle n° 1 du 30 mai 2003 est allée dans le même sens en ajoutant à l'article 51, alinéa 1^{er}, de la Constitution, la disposition selon laquelle, dans le but d'assurer l'accès dans des conditions d'égalité aux charges électives, « la République favorise, par des mesures appropriées, l'égalité des chances entre les femmes et les hommes ».

Ces deux réformes visaient à surmonter l'arrêt n° 422 de 1995 rendu par la Cour constitutionnelle, qui avait déclaré l'inconstitutionnalité de dispositions adoptées au cours des années précédentes dans les lois électorales introduisant des quotas par sexe dans les listes électorales. En principe, on aurait donc pu considérer les deux lois constitutionnelles comme l'expression d'un « lit de justice ». Leur portée était toutefois très nuancée, pour plusieurs raisons. En ce qui concerne la loi constitutionnelle de 2001, elle arrivait quelques six ans après la décision contestée, ce qui ne permettait pas d'y voir nécessairement une contestation directe de la jurisprudence constitutionnelle : le temps écoulé aurait très bien pu être considéré comme le facteur ayant conduit à une réforme qui adapte le texte constitutionnel à l'évolution de la société, plutôt que la contestation d'une « vieille » décision. En outre, la portée contestatrice de la loi constitutionnelle de 2001 se perdait dans une large mesure du fait de la grande envergure de la réforme adoptée, qui était loin de mettre au premier plan le sujet de l'égalité des sexes dans la représentation.

La loi constitutionnelle de 2003, par contre, ne poursuivait que cet objectif. Cependant, même en négligeant l'aspect chronologique, l'aspect de la contestation de la jurisprudence constitutionnelle était dépourvu d'objet, car trois mois avant l'adoption définitive de la réforme constitutionnelle, la Cour avait rendu son arrêt n° 49 de 2003, qui avait changé, quoique non sans nuances, son approche au sujet des quotas par sexe.

Un dernier cas que l'on pourrait peut-être mentionner n'a pas trait à la jurisprudence constitutionnelle, mais aux actes normatifs adoptés par la Cour : toute assimilation aux cas à peine évoqués serait donc trompeuse. Une des dispositions de la loi constitutionnelle n° 2 du 22 novembre 1967 a eu comme effet d'éliminer la prorogation implicite du mandat des juges constitutionnels jusqu'à la nomination de leurs successeurs. Cette prorogation n'avait pas été prévue dans une loi, mais dans le règlement général de la Cour constitutionnelle. Le législateur constitutionnel a donc entendu réaffirmer son autorité au sujet de ce qu'il avait perçu comme un empiètement de la part du juge constitutionnel.

CONCLUSION

L'étude de l'exécution des décisions dans le système italien de justice constitutionnelle montre de manière assez évidente le choix qui a été opéré, d'abord par le Constituant puis par le législateur, de ne pas doter la Cour constitutionnelle de moyens lui permettant d'assurer le respect et la mise en œuvre de ses décisions.

Ce choix affaiblit, sans doute, la juridiction constitutionnelle. En effet, si l'on compare le système italien avec le système allemand ou, après la réforme récente, avec le système espagnol, la position de la Cour de Rome apparaît beaucoup moins confortable que celle de ses homologues.

Or, une appréciation de la réglementation de l'exécution fondée sur les pouvoirs attribués au juge constitutionnel n'est pas la seule appréciation possible. La Commission de Venise, en donnant un avis assez « froid » à l'égard de l'introduction de pouvoirs exécutifs significatifs au profit du Tribunal constitutionnel espagnol⁸², a bien mis en exergue la nécessité de garantir la séparation des pouvoirs, et donc l'existence de limites à la juridiction constitutionnelle, découlant, notamment, du fait de ne pas être maître de l'exécution de ses décisions.

Si l'on adopte ce point de vue⁸³, alors l'appréciation du système italien peut changer de manière considérable : au lieu de le définir comme un système simplement défaillant, on pourrait aussi en souligner des vertus. En principe, l'absence de réglementation de l'exécution, et donc l'absence de moyens de contrainte offerts au juge constitutionnel, impose à celui-ci la recherche d'un dialogue constant avec les autorités qui sont appelées à mettre en œuvre ses décisions. Il en résulte que la Cour constitutionnelle devra toujours chercher à faire en sorte que sa légitimité soit assez forte pour que les organes politiques et les juridictions ordinaires perçoivent l'exécution comme un devoir incontournable. Mais pour que la légitimité soit forte, elle doit se nourrir, pour l'essentiel, de « bonnes » décisions, d'où la nécessité pour la Cour d'être capable, avant tout, de « convaincre » plutôt que d'imposer⁸⁴.

La logique de cette approche implique donc que l'absence de pouvoirs concernant l'exécution des décisions est un gage de la pertinence de l'activité de la Cour aux exigences du système – ou, du moins, devrait l'être : le conditionnel s'impose au vu de la « pathologie » que l'on a pu constater dans la pratique de l'exécution.

Si le système italien est effectivement défaillant, cela est donc moins le produit de l'absence de réglementation de l'exécution que le résultat de l'attitude des sujets auxquels l'exécution revient, et notamment des organes politiques.

C'est ainsi qu'à l'égard de l'exécution des décisions de la juridiction constitutionnelle, le choix de principe, en soi louable, laisse la place à l'émergence d'une

⁸² Voir COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, *Espagne – Avis sur la loi du 16 octobre 2015 portant modification de la loi n° 2/1979 sur la Cour constitutionnelle*, 13 mars 2017, n° 827/2015, CDL-AD(2017)003, consultable à la page [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)003-f] (consultée le 7 février 2019).

⁸³ Comme le fait E. STRADELLA, « Il problema dell'esecuzione delle decisioni costituzionali e il caso spagnolo », *op. cit.*, p. 43 *sqq.*

⁸⁴ Sur la légitimité de la Cour constitutionnelle, voir, récemment, D. BUTTURINI, M. NICOLINI (dir.), *Giurisprudenza costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. I, *I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, Bologne, Bononia University Press, 2017 (le volume II de l'ouvrage, qui a pour titre « *Dialoghi esemplari* » : *le esperienze straniere*, offre une analyse concernant bon nombre de juridictions constitutionnelles, non exclusivement occidentales).

frustration qui conduit à s'interroger sur la question de savoir s'il n'était pas nécessaire de modifier le système, voire de le repenser complètement.

Paolo Passaglia

Professeur de Droit comparé à l'Université de Pise, coordonnateur scientifique pour le droit comparé du Service des Études de la Cour constitutionnelle de la République italienne.

Maxime Renaudie

L'évolution du concept de propriété au fondement de la protection sociale de marché aux États-Unis

Labor is property, and as such merits protection. The right to make it available is next in importance to the rights of life and liberty.

Noah H. Swayne, *Slaughterhouse Cases* 83 U.S. 127 (1873)

Un consensus, certes fragile, persiste en faveur de la protection sociale publique aux États-Unis, malgré le rôle important des assurances et fonds de pensions privés. En dépit de la réduction budgétaire des politiques sociales par le gouvernement fédéral, la sécurité sociale (*Social Security*) englobe toujours au plan national une vaste collection d'assurances publiques pour la retraite, le chômage, une assurance maladie aux personnes âgées (*Medicare*), aux démunis (*Medicaid*), le récent *Obamacare*, ainsi que des aides sociales aux personnes spécifiquement protégées telles les enfants, personnes en situation de handicap, vétérans de guerre, etc.¹. S'y ajoutent les divers programmes sociaux des États fédérés, dont les disparités considérables sont le témoignage des difficultés structurelles à unifier la protection sociale au niveau national.

Le théoricien de l'État social Gøsta Esping-Andersen a montré que le système américain repose avant tout sur une protection sociale dite de marché². Il est rarement noté à quel point cette terminologie semble contradictoire. Comment s'en remettre au marché pour la protection sociale si cette dernière signifie, justement, la sauvegarde d'une stabilité financière contre les aléas du marché ? Dans cette contribution, nous souhaitons montrer quels fondements théoriques ont pu malgré tout justifier une protection sociale de cette nature, toujours si éloignée des conceptions européennes. À travers quelques réflexions doctrinales américaines, nous

¹ L'ensemble est administré au niveau fédéral par la *Social Security Administration*, avec le concours des États fédérés. Si consensus il y a, le budget fiscal prévu pour la *Social Security Administration* de 2019 implique une réduction des effectifs, en dépit d'une promesse de campagne du Président Trump qui s'était engagé à les maintenir en l'état.

² Il a identifié les États-Unis comme l'archétype d'un État-providence libéral, qui se distingue des régimes corporatistes de l'Europe continentale et sociaux-démocrates des pays scandinaves. Voir G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990. L'ouvrage a été traduit en français : G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'État providence. Essai sur le capitalisme moderne*, Paris, PUF, 1999. La version en langue anglaise est ici privilégiée.

partirons d'une hypothèse plausible : la protection sociale de marché doit beaucoup à l'évolution du concept de propriété.

Rappelons que si la protection sociale aux États-Unis reste faible en comparaison aux pays d'Europe, c'est qu'elle n'est pas basée sur des critères d'universalité et de citoyenneté. Les différences sont probablement moins fortes que les similitudes si l'on considère le nombre de cotisations ou de primes que versent les individus, et les prestations reçues en contrepartie. Il n'est point besoin de s'en remettre à des statistiques complexes pour admettre que celles-ci restent importantes pour une majorité de citoyens. Mais l'assurance sociale publique est surtout concurrencée par de nombreuses assurances privées, tandis que l'aide sociale publique est catégorielle et implique de strictes conditions d'éligibilité. De fait, le modèle américain a été désigné par Michael Katz, un historien américain, comme un État social inachevé ou *semi-Welfare State*³. Selon Esping-Andersen, ce n'est pas uniquement la nature des mobilisations ouvrières, mais l'histoire et la construction des nations qui ont distingué les différents « mondes » de l'État-providence. Les divergences entre pays sont évidemment culturelles, qu'il s'agisse du regard porté sur les pauvres⁴, ou de la relation à l'impôt⁵. Il n'est donc pas inopportun d'expliquer le cheminement, ou du moins la justification, d'un système de protection sociale par la culture juridique du pays. Plusieurs hypothèses sont dès lors envisageables. La légitimité de la protection sociale aux États-Unis s'est surtout basée sur des réflexions relatives aux libertés individuelles des citoyens, et non sur les théories générales de l'État et du service public qui sont quasi-inexistantes outre-Atlantique. L'autre hypothèse, précédemment citée et dont il sera question ici, est que l'évolution du concept de propriété a joué un rôle essentiel pour les économistes libéraux dans leur reconnaissance du rôle structurant du cadre normatif sur les marchés. Ce sont essentiellement des économistes qui ont conçu les systèmes de protection sociale de marché, mais ils se sont inspirés des travaux de juristes portant sur la propriété pour mener à bien leur raisonnement théorique.

Il faut d'emblée renvoyer au mouvement du réalisme juridique (*legal realism*), qui a réalisé un travail essentiel sur le concept de propriété pour interroger le pouvoir réel de l'État dans l'économie ; ainsi qu'à l'école institutionnaliste américaine, qui a étudié le rôle des institutions dans le fonctionnement de l'économie. La propriété a longtemps été posée comme un droit naturel et absolu, jusqu'à ce que les révolutions méthodologiques influencées par les sciences naturelles et sociales, couplées à l'approche empiriste, démontrent qu'elle est une construction sociale comme une autre. La doctrine américaine devait repenser ce concept normatif qui revêt outre-Atlantique un caractère dynamique et stimulant, par-delà la distinction entre droit public et droit privé. Certes, en France, la théorie de la propriété fait peu d'émules, si bien que l'on peut parler de « sommeil dogmatique » sur le sujet⁶. Le

³ M.B. KATZ, *The Price of Citizenship: Redefining the American Welfare State*, New York, Metropolitan Books, 2001, p. 15.

⁴ Voir R. HURET, *L'Amérique pauvre*, Paris, Thierry Magnier Éditions, 2010. Voir également N. DUVOUX, *Les oubliés du rêve américain. Philanthropie, État et pauvreté urbaine aux États-Unis*, Paris, PUF, 2015.

⁵ Voir R. HURET, *American Tax Resisters*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.

⁶ J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4, 2014, p. 763. La doctrine française de la propriété est restée stable malgré quelques réflexions dissidentes chez Salleilles, Génys et

peu de doctrine française est d'ailleurs quasi exclusivement privatiste, puisque ce sont essentiellement les civilistes français qui ont fait état du réalisme juridique américain lors de l'époque charnière 1880-1930. Qui plus est, le réalisme juridique n'a jamais vraiment pris corps dans la doctrine civiliste française, probablement par crainte des remises en cause considérables pour le système juridique et les méthodes d'interprétation⁷. Elle n'aurait, de toute façon, pas eu la même approche pour arrimer les problématiques relatives à la propriété vers la théorie de l'État. Il faut reconnaître à l'école institutionnaliste américaine l'intérêt d'avoir étudié la propriété dans une perspective peut-être plus proche du droit public. L'analyse réaliste inspira en effet ces économistes travaillant sur les institutions et les politiques gouvernementales et étudiant les interactions entre norme et régulation économique par l'analyse de principes constitutionnels. Dans un pays où le triptyque juridique fondamental est *tort, contract, property*, une analyse économique sérieuse ne pouvait faire abstraction du principe de propriété structurant le système capitaliste et principe essentiel, faut-il le rappeler, du droit constitutionnel américain.

Les premiers systèmes de protection sociale de marché ont donc été inspirés par un dialogue entre juristes et économistes institutionnalistes pour admettre l'encadrement *a minima* du marché du travail. Avant d'entrer dans les détails théoriques, rappelons que cette démarche a trouvé sa synthèse dans les discours politiques du Président Franklin D. Roosevelt, initiateur du New Deal⁸. Dans son célèbre discours relatif aux quatre libertés (*four freedoms*)⁹, il estimait qu'aux libertés classiques d'expression et de religion (*freedom of speech* et *freedom of worship*), il fallait libérer les travailleurs du besoin et de la peur (*freedom from want* et *freedom from fear*). Il complètera cette idée par un autre discours l'année précédant sa mort, moins connu, bien que plus révélateur encore de l'importance donnée à la protection sociale née du New Deal. Roosevelt soutenait que les États-Unis ont adopté un *Second Bill of Rights* composé de droits sociaux¹⁰. Il justifiait ainsi le *Social Security Act* (SSA) de 1935 qui créa les deux principaux systèmes d'assurance retraite et chômage du gouvernement fédéral dans une Amérique en retard sur le plan de la protection sociale. Le SSA fut conçu par le *Committee on Economic Security* (CES) mis en place par Roosevelt avec le concours de son *Brain Trust*, réunissant théoriciens et praticiens du droit comme de l'économie, mais également des juges et des membres du monde des affaires¹¹. Dans ce pays longtemps réticent à admettre l'intervention des pouvoirs publics dans l'économie, le SSA fut le produit d'événements historiques plus que d'une pensée politique ou économique spécifique. Le

Charmont, comme le note Chazal. Aujourd'hui encore, nous avons peu d'étude d'ampleur théorique sur la propriété. Voir M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004.

⁷ Voir Ch. JAMIN, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique », *Droits*, 2010/1, n° 51, p. 137-159.

⁸ Voir W. MASTOR, « La politique de Roosevelt : le droit social d'un monde nouveau ? », *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 150, 2014, p. 41-52.

⁹ F.D. ROOSEVELT, *Adresse sur l'état de l'Union du 6 janvier 1941*.

¹⁰ F.D. ROOSEVELT, *Adresse sur l'état de l'Union du 11 janvier 1944*. Pour plus de détails, voir C. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, New York, Basic Books, 2004.

¹¹ Citons parmi les membres éminents du Brain Trust, le juge Louis Brandeis, l'affairiste Adolf Berle et l'experte en politiques sociales Frances Perkins.

terreau peu favorable à la protection sociale ne relevait pas simplement d'une culture supposément individualiste. Elle relevait également du fédéralisme, car si le patriotisme américain sur les plans diplomatiques et militaires est connu, l'ordre normatif vecteur de solidarité entre citoyens et de cohésion administrative relève surtout des États fédérés, plus que des recommandations et régulations du gouvernement fédéral.

La protection sociale de marché aux États-Unis repose sur des conceptions juridiques mal connues des Européens, et une logique scientifique née de l'observation des interactions entre droit et économie. Il faut revenir sur ce concept de propriété au cœur de ces interactions. Comme prémisse à la protection sociale de marché, il y avait d'abord l'idée que le « travail est une propriété » (I). Dès lors se développe une nécessaire reconceptualisation de la propriété. Partant d'une critique des situations de monopoles économiques sur les marchés, et les problèmes en résultant, il a fallu reconnaître l'atomisation de la propriété et de ses valeurs pour justifier une protection plus étendue et élaborée des revenus par l'État (II).

I. « LE TRAVAIL EST UNE PROPRIÉTÉ »

Malgré les *a priori* culturels, la régulation de l'économie est une réalité ancienne aux États-Unis : elle commence dans le dernier tiers du XIX^e siècle, mais c'est au début du XX^e siècle que se mettent en place, dans les États fédérés d'abord, les premiers systèmes d'assurance sociale. Il va de soi que la protection sociale est très influencée par la nature décentralisée du régime américain, où les États fédérés expérimentent les politiques et demeurent les principaux pourvoyeurs d'aides sociales¹². La première assurance publique date de 1911, avec le *Workmen's Compensation Act* dans l'État du Wisconsin, qui ouvre droit à compensation pour les travailleurs victimes d'accidents du travail. C'est l'économiste John Commons qui en fut le principal instigateur. Pionnier de l'économie institutionnaliste, Commons fut l'un des *commissionners* rédigeant la loi avant son vote¹³. Le système assurantiel mis en place au niveau fédéral a été, essentiellement, une transposition nationale des législations sociales qu'il avait expérimentées dans le Wisconsin. Cela a été expliqué par le Professeur Edwin Witte, ancien élève de l'économiste, puis directeur du CES et principal rédacteur du SSA¹⁴. Cette législation du Wisconsin naît trente ans après la première assurance sociale créée par le chancelier Bismarck en Allemagne en 1884. Mais les réflexions aux États-Unis sur le sujet renvoient également au dernier quart du XIX^e siècle. L'économiste Commons étant le premier à avoir conçu aux États-Unis une protection sociale dite de marché, il est opportun de partir de sa réflexion. Certaines opinions dissidentes à la Cour suprême lui ont inspiré l'idée que le travail est une propriété, et mérite ainsi protection et compensation en cas de perte (A). Puis l'analyse devait passer par la démarche théorique

¹² Dès lors, le système de protection sociale américain est nécessairement fragmenté, et il faut admettre qu'il est quasiment impossible d'en faire un inventaire précis.

¹³ Il a été redécouvert en France depuis les deux dernières décennies. Voir notamment L. BAZZOLI, *L'économie politique de John R. Commons*, Paris, L'Harmattan, 1999.

¹⁴ Voir E. WITTE, « Development of Unemployment Compensation », *Yale Law Journal*, vol. 55, n° 1, 1945, p. 21-52.

qui est de concevoir la propriété au sens large, intégrant au-delà du bien physique toutes les valeurs échangeables sur un marché donné (B).

A. Une idée inspirée de juges dissidents

« *Labor is Property* » : ce sont là les termes du juge à la Cour suprême Noah Swayne pour justifier son opinion dissidente dans les affaires *Slaughterhouses* en 1873¹⁵. Les opinions dissidentes présagent parfois des évolutions doctrinales à venir. L'idée que le travail est la propriété de l'individu n'était certes pas nouvelle dans la philosophie anglo-saxonne, elle prend sa source dans les écrits de John Locke et ses développements sur le droit naturel de propriété. Si l'homme est propriétaire de sa propre personne, expliquait le philosophe anglais, le produit du travail de son corps et l'ouvrage de ses mains sont également ses propriétés en un sens plein¹⁶. Mais, comme l'a noté un historien du droit des États-Unis, Morton Horwitz, c'était alors l'une des premières fois qu'un juge américain redéfinissait la nature de la propriété pour y inclure le travail¹⁷.

La redéfinition du concept de propriété sur le plan doctrinal doit beaucoup à l'œuvre de Commons, qui a voulu poursuivre l'idée du juge et mieux en définir le sens. Longtemps considéré comme praticien, la pensée théorique de l'économiste est difficile à aborder du fait de la complexité des concepts qu'il utilise et surtout de son caractère pluridisciplinaire. Bien que son œuvre soit plutôt classée dans les bibliothèques d'économie, elle porte souvent sur des objets juridiques. Dans son ouvrage *Legal Foundations of Capitalism*¹⁸, il traite longuement de l'évolution du concept de propriété privée et du rôle de la jurisprudence dans l'organisation du système capitaliste. Il estime nécessaire de démontrer l'importance des concepts juridiques dans les rapports sociaux et il pense que la critique théorique du *laissez-faire capitalism* passera par cette redéfinition du concept de propriété privée. C'est la raison pour laquelle il débute son premier chapitre, sobrement intitulé « Propriété, liberté, valeur », en relatant les dissensions des affaires *Slaughterhouse* précitées, portant les germes d'une redéfinition du concept de propriété à l'époque où la majorité des juges ne pouvait concevoir l'existence d'une législation ouvrière¹⁹.

Revenons un instant sur les affaires en question. La Cour suprême devait interpréter la nouvelle clause constitutionnelle des privilèges et immunités établie par l'adoption récente du Quatorzième amendement de 1868²⁰, et dont les clauses de procédure régulière de droit (*due process of law*) et d'égalité (*equal protection of the*

¹⁵ *The Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughterhouse Company* 83 U.S. 127 (1873).

¹⁶ J. Locke, *Le Second Traité du Gouvernement*, trad. J.-F. Spitz, Paris, PUF, 1994, Chap. IV, § 27.

¹⁷ M.J. HORWITZ, *The Transformation of American law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, Oxford University Press, 1992, p. 145-146.

¹⁸ J.R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, 2^e éd., New Jersey, Transaction Publishers, 2007 [1924].

¹⁹ *Ibid.*, p. 11 sqq.

²⁰ Extrait du Quatorzième amendement à la Constitution des États-Unis : « *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* ».

laws) protègent la vie, la liberté, et la propriété des citoyens américains. On précisera ici la signification originelle du Quatorzième amendement, qui était la reconnaissance de la citoyenneté pour les Noirs américains, et l'obligation faite aux États sudistes de respecter leurs droits civils suite à la guerre de Sécession. La propriété figurait logiquement dans cet amendement, étant donné qu'elle est une notion centrale dans la Constitution des États-Unis, apparaissant à quatre reprises aux passages les plus cruciaux du texte²¹. Après la guerre de Sécession, la Cour suprême devait donc donner une signification juridique plus précise aux termes du Quatorzième amendement, et notamment à cette nouvelle et quatrième entrée du mot « propriété » dans le texte constitutionnel.

Revenons sur les faits. Un monopole conféré par une loi de Louisiane à une corporation de bouchers impliquait pour tout boucher d'utiliser un seul et unique abattoir municipal en s'acquittant d'une redevance. Ce monopole semblait aux plaignants une atteinte à leur bien commercial et leur liberté d'entreprendre, car la valeur marchande de leur commerce était affectée par les restrictions au libre échange sur un marché donné. La Cour suprême décida, à une majorité de cinq voix contre quatre, que la liberté d'entreprendre ne faisait pas partie de ces privilèges et immunités des citoyens des États-Unis, mais restait du domaine des États²². Comme l'avait noté Commons, la question portait surtout sur la définition de la propriété relativement au bien commercial et sa valeur marchande²³. Si la propriété inclut la valeur marchande d'un bien ou d'un commerce, ainsi que le pouvoir de transaction qui en résulte, il y aurait une atteinte à la propriété du fait des restrictions à son libre échange. Si, en revanche, la propriété n'englobe que l'utilisation de biens physiques, sans prendre en compte les conséquences sur leur valeur commerciale, en ce cas il n'y a pas d'atteinte à la propriété.

Le juge Samuel Miller, pour la majorité, défendait cette dernière perspective avec une définition restrictive de la propriété. Interprétant le Quatorzième amendement selon le paradigme exclusif de « la libération de la race esclave » et de l'octroi de biens physiques²⁴, le raisonnement des juges insérait la propriété dans une vision très traditionnelle de la *common law*, où la propriété est la seule possession d'un bien physique et la possibilité d'en disposer. Comme le notait Commons, la propriété, selon l'opinion de la Cour, impliquait seulement la valeur d'usage (*use-*

²¹ On entend par passages cruciaux ceux qui servent le plus souvent à fonder la jurisprudence des Cours fédérales, ce qui est le cas des Cinquième et Quatorzième amendements. Il s'agit de la propriété fédérale (*property clause*) protégée à l'article IV, section 3 ; la propriété des personnes mentionnée à deux reprises par le Cinquième amendement et relativement à sa protection par une procédure régulière de droit (*due process*) dans les cas généraux, puis dans les cas relatifs aux expropriations (*takings*) ; enfin la propriété des personnes protégées dans le cadre du Quatorzième amendement précité, où l'injonction est plus particulièrement adressée aux législatures des États fédérés.

²² Voir la traduction et le commentaire des *Slaughterhouse Cases* par Élisabeth Zoller : É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 101-121. La Cour distingue ici le principe de double citoyenneté (*dual citizenship*), étatique et fédérale. Les « privilèges et immunités » des citoyens au niveau fédéral ne se confondent pas avec ceux des États fédérés.

²³ J.R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, op. cit., p. 11.

²⁴ *Slaughterhouse Cases*. *Opinion Samuel F. Miller*, cité et traduit dans É. ZOLLER, *Les grands arrêts*, op. cit., p. 102.

value) et non la valeur d'échange (*exchange value*) des biens²⁵. Suivant cette conception, le monopole d'une corporation favorisée par l'État mandataire n'était pas considéré comme une violation directe de la propriété des commerçants, quand bien même elle influençait la valeur marchande de leur bien commercial. Pour apprécier la violation de la propriété telle que déterminée par le Quatorzième amendement, les juges majoritaires avaient donc choisi cette conception restrictive de la propriété en renvoyant simplement à la règle du précédent. Le juge Miller résumait ainsi une opinion majoritaire résolument tournée vers les conceptions passées :

Que ce soit au niveau fédéré ou fédéral, nous ne manquons pas de précédents judiciaires qui ont donné une interprétation de cette clause. Et il suffit de dire qu'il n'existe pas une seule interprétation de cette disposition que nous vîmes, ou que nous pensons admissible, et qui justifierait de considérer les limites imposées par l'État de Louisiane aux bouchers, dans l'exercice de leur profession, comme une privation de propriété au sens de cette disposition²⁶.

Cette définition restrictive de la propriété relevait du formalisme juridique (*legal formalism*) de la pensée orthodoxe. Elle avait ainsi servi de relai aux théories économiques du laissez-faire qui culmineraient avec la décision *Lochner v. New York*²⁷, interdisant la législation sociale au motif de la liberté de contrat. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* du comparatiste Édouard Lambert²⁸, publié en 1921, demeure la référence francophone sur le sujet. Lambert a expliqué les tenants et aboutissants du formalisme juridique de l'époque chez les juges majoritaires, sans oublier toutefois de rapporter les opinions des juges dissidents²⁹. Le principal dissident à la décision *Lochner* était le juge Oliver Wendell Holmes. Réduisant le droit aux seules décisions des juges et législateurs, il critiquait l'émergence d'une doctrine économique des juges *Lochner* pour empêcher l'émergence des législations sociales. Holmes fondait ainsi le *legal realism*, mouvement essentiel de la pensée juridique américaine, bien résumée et replacée dans son contexte historique par Morton Horwitz³⁰ et Duncan Kennedy³¹. Holmes sera rejoint par de nombreux auteurs reconnaissant et dénonçant les partis pris politiques qui s'immiscent dans le droit. Parmi les plus connus, nous citons Roscoe Pound, Félix Frankfurter, Karl Llewellyn, ou encore le juge Benjamin Cardozo. On soulignera plus particulièrement l'importance des travaux de Robert Hale, un *legal realist* qui s'est particulièrement intéressé à l'influence des

²⁵ J.R. COMMONS, *Legal foundations of Capitalism*, op. cit., p. 12.

²⁶ *Opinion Miller*, cité et traduit dans É. ZOLLER, *Les grands arrêts*, op. cit., p. 108.

²⁷ *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905). En l'espèce, la Cour rejetait la constitutionnalité de la législation de l'État de New York, qui limitait la durée du travail dans les boulangeries à 10 heures par jour ou 60 heures par semaine.

²⁸ É. LAMBERT, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2005 [1921].

²⁹ Les opinions dissidentes ont été davantage étudiées par Roger Pinto en 1934, intégrant les évolutions théoriques nées du réalisme juridique. Voir R. PINTO, *Des juges qui ne gouvernent pas : opinions dissidentes à la Cour suprême des États-Unis (1900-1933)*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934.

³⁰ M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, op.cit. notamment p. 193-212.

³¹ D. KENNEDY, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Washington D.C., Beard Books, 1975.

normes sur la redistribution des richesses, et notamment des normes dites coercitives et relatives à la propriété³².

En France, l'objectif de Lambert était de rapporter avec objectivité les rouages du modèle américain de *judicial review*, notant que ce modèle, à l'époque, constituait une barrière à l'émergence de l'État social. Lambert présentait le fameux argument contre-majoritaire (*counter-majoritarian argument*) relatif à l'opposition entre juges non élus et pouvoirs politiques et démocratiques³³. Bien que l'argument irradie des questions politiques variées depuis plus d'un siècle, il est toujours nécessaire de rappeler que c'est la question sociale qui fut l'indicateur historique de la problématique contre-majoritaire, avant que le paradigme ne se déplace vers la question des minorités³⁴.

Les errements du formalisme juridique ne doivent pas occulter ce qui constituait avant tout un problème d'orientation politique chez les juges. En effet, la décision *Lochner* s'appuyait sur une théorie dite du *substantive due process* qui n'avait rien de classique ou de formaliste. La Cour retenait que la procédure régulière de droit prévue au Quatorzième amendement protège certains droits substantiels déduits par le juge (*substantive rights*), en l'occurrence la liberté de contracter interdisant toute régulation entre cocontractants et, par ricochet, l'existence même du droit au travail. La théorie du *substantive due process* était déjà inscrite en filigrane dans les opinions dissidentes des *Slaughterhouse Cases*³⁵. Elle devait mener à reconnaître les décisions de justice comme des faits politiques, ce qu'avait bien compris l'économiste Commons, observant le rôle structurant du cadre normatif et considérant la jurisprudence comme un régulateur de l'économie. À cet égard, les conceptions de la propriété devenaient centrales en ce sens qu'elles inséraient des problématiques politiques et économiques dans le cadre constitutionnel, par l'intermédiaire du Quatorzième amendement et de ses interprétations.

L'intérêt des *Slaughterhouse Cases* réside à cet égard dans le rappel des opinions dissidentes. Celles-ci sont moins connues que les dissensions des juges Holmes ou Brandeis, pionniers du *judicial restraint*³⁶. Elles sont pourtant d'une importance similaire dans l'appréhension des évolutions jurisprudentielles relatives à

³² Voir notamment R.L. HALE, « Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State », *Political Science Quarterly*, vol. 38, 1923, p. 470-494. Du même auteur : *Freedom Through Law: Public Control of Private Governing Power*, New York, Columbia University Press, 1952 ; « Rate Making and the Revision of the Property Concept », *Columbia Law Review*, vol. 22, n° 3, 1922, p. 209-216.

³³ Pour plus de détails à ce sujet, voir I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017.

³⁴ Voir M. RENAUDIE, « La question sociale comme ligne rouge : Origines et limites du gouvernement des juges aux États-Unis », *Politéia, Revue semestrielle de Droit constitutionnel comparé*, n° 31, juin 2017, p. 327-358.

³⁵ Voir É. ZOLLER, *Les grands arrêts*, op. cit., p. 119-120.

³⁶ Rappelons ici que les théories des deux pionniers du *judicial restraint* que sont Holmes et Brandeis ne doivent pas être confondues, tant leurs méthodologies d'interprétation du fait social sont divergentes. Dans sa fameuse opinion dissidente à la décision *Lochner*, le premier estimait que le *judicial restraint* est fondé sur l'incapacité et l'illégitimité du juge à intégrer les faits sociaux au raisonnement juridique. Il s'agissait d'une critique directe et sans concession de la théorie du *substantive due process*. Le second, dans une perspective opposée, estimait que le *judicial*

la question sociale. Le juge Stephen Field, d'abord, estimait que la loi de la Louisiane avait conféré « à une société créée par l'État [de Louisiane] des privilèges spéciaux et exclusifs³⁷ », tandis que, pour préserver « l'égalité des droits, exempte de toutes diminutions ou restrictions partielles », chaque citoyen « doit être libre de poursuivre l'activité ou la profession en question³⁸ ». Selon Commons, le juge Field désirait ainsi développer la signification de la servitude au-delà du paradigme racial³⁹, en dénonçant les servitudes économiques de certains face à ceux qui jouissent de positions privilégiées conférées par la loi⁴⁰. Le juge évoquait cette servitude économique qui devrait être prohibée sur le fondement du Quatorzième amendement :

Une personne à qui il est certes permis de continuer son commerce ou sa profession, mais seulement dans une localité précise du pays, ne sera pas, dans le sens strict du terme, dans une condition d'esclavage, mais personne ne peut nier qu'il sera dans une condition de servitude. Certainement, la personne ne possédera pas les libertés dont jouit un homme libre. Le besoin qui la force à travailler même pour son bénéfice, mais dans une seule direction ou un seul endroit, serait presque aussi oppressive et serait autant une entorse à sa liberté que le besoin qui la forcerait à travailler au bénéfice d'un autre, et constituerait autant un élément de servitude⁴¹.

Ce sont surtout les dissensions des juges Badley et Swayne qui retiennent l'attention de Commons pour une redéfinition du concept de propriété. Le premier insiste sur la liberté de disposer de sa propriété : les acteurs économiques doivent avoir une « liberté de choisir » (*right to choose*), étant donné que « leur métier est leur propriété⁴² ». Le second considère que le concept de propriété inclut la capacité de travailler et d'exercer librement des échanges sur un marché :

La propriété est tout ce qui a une valeur échangeable, et le droit de propriété inclut le pouvoir d'en disposer selon le bon vouloir du propriétaire. Le travail est une propriété et ceci mérite une protection. Sa disponibilité est d'une importance presque identique à la vie et à la liberté⁴³.

restraint de la Cour de l'époque serait plutôt fondé sur une meilleure appréhension des faits sociaux, des statistiques, menant les juges à reconnaître la légitimité politique du *New Deal* et sa constitutionnalité. Elle laissait la porte ouverte à une résurgence du *substantive due process* et à l'avènement du *judicial activism* progressiste de la Cour Warren à partir des années 1950. Pour plus de détails, voir M. RENAUDIE, « La question sociale comme ligne rouge », *op. cit.*

³⁷ *Slaughterhouse Cases. Dissension Stephen J. Field*, cité et traduit dans É. ZOLLER, *Les grands arrêts*, *op. cit.*, p. 108.

³⁸ *Ibid.*, p. 109.

³⁹ Rappelons ici que le Quatorzième amendement avait pour principal objectif de conférer aux Noirs les mêmes droits et libertés qu'aux autres citoyens. Ainsi l'amendement consacré après la guerre de Sécession devait permettre au gouvernement de s'assurer que tous les États du Sud respectent les droits des Noirs en tant que citoyens des États-Unis.

⁴⁰ J.R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, *op. cit.*, p. 12.

⁴¹ *Slaughterhouse cases. Dissension Field*, cité par J.R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, *ibid.*, p. 90-91. Ce passage de la dissension ne figure pas dans la traduction d'Élizabeth Zoller.

⁴² *Slaughterhouse Cases. Dissension Bradley*, cité et traduit dans E. ZOLLER, *Les grands arrêts*, *op. cit.*, p. 112-113.

⁴³ *Slaughterhouse Cases. Dissension Noha H. Swayne*, cité dans E. ZOLLER, *Les grands arrêts*, *ibid.*, p. 127.

Les juges dissidents des *Slaughterhouse Cases*, note Commons, allaient recevoir un écho de plus en plus favorable dans la jurisprudence des Cours d'États et des autres Cours fédérales⁴⁴. Jusqu'à ce que la Cour suprême elle-même en vienne à un revirement prévisible au sujet de la définition même de la propriété.

B. Le concept de propriété étendu à toute valeur échangeable

La définition de la propriété, comprise ou non en fonction de sa valeur d'usage et/ou valeur d'échange, était déjà un débat essentiel d'économie politique. Le débat impliquait désormais la méthode d'interprétation des juges. Les positions classiques devenaient intenable si l'on continuait de considérer la propriété sous un angle restreint. Elles ne correspondaient plus aux évolutions du marché. C'est un certain décalage entre, d'un côté, l'évolution rapide de l'économie et, de l'autre, le formalisme juridique ne pouvant s'y adapter, qui devait mener à une impasse doctrinale, que l'école réaliste finirait par corriger.

La position tenue par la Cour dans *Slaughterhouse* sera d'abord confirmée dans une décision *Munn v. Illinois*⁴⁵ en 1877, malgré les réticences réitérées des juges dissidents. Cependant, le revirement de la Cour suprême intervient un peu plus d'une décennie après, avec une décision *Minnesota Rate*⁴⁶ de 1890. La Cour reconnaît que la procédure régulière de droit s'applique ici à des politiques de régulation commerciale par les États. Elle décide d'invalidier la loi du Minnesota qui avait fixé arbitrairement les tarifs du système ferroviaire sur l'ensemble du territoire de l'État, et ce au détriment des trois compagnies ferroviaires installées. Commons cite la décision de la Cour qui, par la voix du juge Blatchford, estimait que le « caractère raisonnable » d'un tarif dans les transports ferroviaires, impliquant en l'espèce à la fois les compagnies ferroviaires et le public, est une « question éminente d'investigation judiciaire », qui requiert donc la procédure régulière de droit pour être déterminée⁴⁷. C'est en effet la première fois que la Cour admet que la procédure régulière de droit peut s'appliquer aux actions de l'État dans le cadre d'une régulation économique. Commons en déduit que la Cour accepte donc une définition plus large de la propriété :

La majorité [...] désormais retient [...] que ce ne sont pas seulement les choses physiques qui font l'objet de propriété, mais également le pouvoir résultant du gain espéré [*expected earned power*] qui est aussi une propriété. Cette propriété est ici confisquée au propriétaire, et non du fait d'un pouvoir d'expropriation qui confisquerait la possession du titre de propriété, mais bien du pouvoir de police qui confisque une valeur d'échange de la propriété sur le marché. Priver les propriétaires de la valeur d'échange (ou valeur marchande) de leur propriété revient à les priver de leur propriété⁴⁸.

⁴⁴ Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, op. cit., p. 14, note de bas de page 3.

⁴⁵ *Munn v. Illinois* 94 U.S. 113 (1877). Une loi fixant les prix des frais de stockage du grain dans l'Illinois a entraîné une dévalorisation de la valeur marchande d'un entrepôt. Mais la propriété est à nouveau définie par les juges selon sa seule valeur d'usage et non sa valeur marchande.

⁴⁶ *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Company v. Minnesota* 134 U.S. 418 (1890).

⁴⁷ *Ibid.*, *Opinion majoritaire Blatchford*, cité dans J.R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, op. cit., p. 15.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 16.

Comme l'a rappelé Morton Horwitz, Commons fut ainsi le premier à voir aux États-Unis la corrélation entre la virtualité ou « dé-physicalité » de la propriété et son potentiel en tant que valeur sur le marché⁴⁹. Les affaires *Minnesota Rate* lui ont permis d'admettre que c'était en fait la garantie d'un revenu futur qui détermine la valeur présente de la propriété. Commons s'estimait donc fondé à penser que « toute la valeur est dans l'espérance⁵⁰ », car « la valeur du marché est la valeur présente des taux attendus. Si les taux ne sont pas raisonnables, la valeur ne l'est pas non plus⁵¹ ». L'extension du concept de propriété à la valeur abstraite et surtout à la valeur attendue devait mener à redéfinir la notion de compensation, que les juristes de l'ancienne époque ne concevaient que dans le cadre de l'expropriation. Traditionnellement, l'idée d'un droit à la compensation allait de pair avec l'usage du terme « *taking* » qui fait référence à l'expropriation⁵². Désormais, la compensation devrait être pensée relativement à la notion de propriété. En se fondant sur l'affaire *Minnesota Rate*, Commons insistait aussi sur le fait que la valeur d'échange de la propriété, largement influencée par les politiques de l'État et son pouvoir de police, est désormais « une question judiciaire », dont « les cours fédérales prennent la responsabilité⁵³ ».

À l'époque où Commons écrit *Legal Foundations of Capitalism*, le mouvement réaliste a déjà pris de l'ampleur. Il devenait clair que la propriété est un droit socialement construit par les pouvoirs publics. Les principaux représentants du mouvement réaliste, tel Robert Hale précité, insistent sur le fait que les marchés et les propriétés sont dépendants du droit, créés et préservés par les institutions judiciaires⁵⁴. Les conditions économiques sont la conséquence de politiques antérieures, les valeurs économiques ne précèdent pas le droit, mais sont créées par celui-ci, tandis que le droit de propriété est une délégation des pouvoirs publics. Commons, observant l'évolution jurisprudentielle, estime que le changement réside dans la reconnaissance pleine et entière par les juristes de la valeur échangeable de la propriété, qui justifie l'intervention des pouvoirs publics dans l'économie de marché. La protection de la valeur d'échange de la propriété implique une protection du risque qu'elle encourt sur le marché. Il en est de même pour l'emploi qui est une propriété du travailleur. Aussi devrait-on concevoir des garanties juridiques pour la protection économique et sociale de l'emploi. La pensée de Commons a développé cette notion de « futurité » (*futurity*). Les écrits de Commons, parfois obscurs, rendent ce concept assez complexe à appréhender. En insistant sur les anticipations des acteurs économiques, Commons veut sans doute mettre en relation l'action des acteurs économiques avec les transferts légaux de droits de propriété, qui conditionnent leur avenir économique. Ce principe de « futurité » inscrivant les actions économiques dans la temporalité, le pouvoir espéré d'un gain (*expected earned power*), comme le salaire, doit être préservé et protégé.

⁴⁹ M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, op. cit., p. 162.

⁵⁰ J.R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, op. cit., p. 25.

⁵¹ *Ibid.*, p. 196.

⁵² Voir J. LEWIS, *Treatise on the Law of Eminent Domain in the United States*, Chicago, Collaghan, 1888, cité dans M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, op. cit., p. 147.

⁵³ J.R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, op. cit., p. 17.

⁵⁴ Voir notamment R. HALE, « Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State », art. cité.

Évidemment, ces réflexions sur la distinction entre valeur d'usage et valeur d'échange de la propriété étaient au cœur des réflexions de Karl Marx sur la marchandise et la théorie de la valeur⁵⁵. À la façon de Marx, Commons distingue ces différentes dimensions de la propriété par l'utilisation qui en est faite sur le marché. Précisons que Commons a été formé à la philosophie allemande par son Professeur Richard T. Ely, qui a quant à lui fait ses études en Allemagne. Commons a même consacré un article à Karl Marx⁵⁶. On notera cependant des différences essentielles entre les deux conceptions. Commons a critiqué Marx comme un économiste matérialiste (*physical economist*), qui considère la valeur comme issue du travail accompli (*stored-up labor from the past*), là où il estime que la valeur réside dans ce fameux concept de « futurité », car elle est tributaire des espoirs d'un gain sur le marché autant que du travail déjà réalisé⁵⁷. Elle dépend, pour l'économiste américain, de la transaction, dans la plus pure tradition du libre-échange. Commons reprend les trois dimensions du travail déterminées par Marx : le travail « manuel, mental, et managérial », et les associe à une définition du philosophe écossais James Mill pour qui la production de richesse n'est qu'une mise en mouvement des choses de la nature. La définition du travail par Commons se résume ainsi par « les facultés physiques, mentales, et managériales de mettre en mouvement les choses et les personnes⁵⁸ ». Ce sont ces facultés qui doivent être protégées.

L'économiste a publié, en 1899, un article de jeunesse intitulé « *Right to work*⁵⁹ ». Il estime alors que le travail doit être détaché de la productivité pour être davantage assimilé à la dignité de l'homme, s'inscrivant plutôt dans la ligne du libéralisme américain que du marxisme. Il note ainsi que « le droit au travail renvoie non pas à une théorie de la production, mais à la valeur de l'homme en tant que tel [*the Worth of man as man*]⁶⁰ ». Il renvoie également à la liberté industrielle (*Right to free industry*) de créer sa propre entreprise ou, à défaut, à la liberté de choisir son employeur en fonction des offres disponibles d'emploi (*Right to free employment*) et d'atteindre par le travail un niveau de vie correct (*Right to a definite and right standing*). Le *right to work* est lié à la morale du travail (*work ethic*) proprement américaine, supposée stimuler la responsabilité individuelle et limiter la logique de charité. Pour justifier le droit au chômage, Commons identifie les causes qui légitiment la mise en œuvre d'une protection sociale de marché par les gouvernants : la pratique du licenciement arbitraire (*Arbitrary Discharge*), l'évolution technologique (*Improved machinery*)⁶¹, et la dépréciation commerciale (*Depression of*

⁵⁵ K. MARX, *Le capital*, Livre 1, Paris, PUF, 1993 [1867], chapitre 1, section 1, « La marchandise », p. 39 *sqq.*

⁵⁶ J.R. COMMONS, « Marx Today: Capitalism and Socialism », *Atlantic Monthly*, n° 136, 1925, p. 682-93.

⁵⁷ J.R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, *op. cit.*, p. 158.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 155.

⁵⁹ J.R. COMMONS, « The Right to Work », *The Arena*, vol. 20, n° 2, 1899, p. 131-142.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 139.

⁶¹ À ce sujet, Commons estimait que l'effort demandé au travailleur pour s'adapter justifie une compensation similaire à celle que l'État octroie aux propriétaires lorsqu'il exerce son pouvoir d'expropriation. Si le travailleur a été encouragé par la société à s'adapter à un nouveau travail, ou lorsque ce travail est aboli dans l'intérêt de la société, « l'employeur d'abord, et la société en dernier ressort, devraient partager la perte avec lui » (J.R. COMMONS, « The Right to Work », art. cité, p. 140).

trade)⁶². La question morale est alors décisive. Toutefois, bien que l'opinion publique soit consciente des problèmes relatifs au chômage bien avant la grande dépression, elle demeurerait encore assez réticente à l'idée de protection sociale telle qu'inspirée des conceptions européennes⁶³. C'est ici que le renvoi à des conceptions américaines et pro-marché interviennent. Si l'on reprend l'analyse en relation avec la propriété, on remarquera que c'est l'émergence des corporations et des monopoles économiques, bien plus rapide outre-Atlantique, qui devait mener les politiques à admettre une meilleure régulation du marché et une protection sociale des travailleurs. La critique d'une conception trop restrictive de la propriété conduit à la remise en question d'un cadre normatif ne correspondant plus aux nouvelles réalités de l'économie capitaliste incluant de grands groupes industriels, de même que l'évolution des administrations gouvernementales, de plus en plus étendues.

Enfin, précisons que ces réflexions ont mené les juristes et économistes à adopter une conception plus conventionnaliste de la propriété. Cette transformation est résumée par un autre *legal realist*, Morris R. Cohen, dont le travail vise à réunir positivisme juridique et philosophie pragmatique. Dès 1927, il écrit, au sujet de la propriété :

Quelle que soit la définition que l'on peut avoir de la propriété, nous devons reconnaître que le droit de propriété n'est pas la relation du propriétaire avec sa chose, mais bien la relation entre le propriétaire et les autres individus par rapport à sa chose⁶⁴.

La propriété, convention sociale relative à l'échange, concerne le rapport entre personnes qui échangent sur un marché avant de concerner le rapport aux choses sur lesquelles on possède des titres juridiques. L'ordre normatif libéral implique le consentement des acteurs économiques aux limites et contraintes impliquées par la reconnaissance de la propriété d'autrui. Cette perspective conventionnaliste mène des auteurs tels que Commons à penser la relation entre propriété et autonomie individuelle, ce qui éloigne des conceptions marxistes qui ont pu influencer, dans une certaine mesure, les économistes institutionnalistes. Aux États-Unis, la propriété n'a jamais été décriée, elle est même fondée sur l'idée qu'elle maximise l'autonomie des individus dans une collectivité donnée⁶⁵. Pour définir et distinguer les contraintes légitimes des contraintes illégitimes que l'État peut impliquer sur les propriétés des individus, la maximisation de l'autonomie individuelle se pré-

⁶² Une objection était que le travailleur aurait pu économiser son argent en période de prospérité. Commons estime que « l'objection ne tient pas si l'on admet que les salaires sont inadéquats, que l'emploi est instable, et que le gouvernement échoue à garantir la sécurité économique et à inciter l'épargne » (*ibid.*, p. 141).

⁶³ Cette défiance était assez bien résumée par les mots du Président Hoover, alors Secrétaire du Commerce, évoquant une « expérience démoralisatrice européenne » à ce sujet. Voir H.C. HOOVER, *Report of the President's Conference on unemployment*, Washington, United States Government Publishing Office, 1921, p. 25.

⁶⁴ M. COHEN, « Property and Sovereignty », *Cornell Law Quarterly*, n° 8, 1927, p. 12, cité dans M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, op. cit., p. 165.

⁶⁵ Retenons qu'il s'agit là d'un parti pris des conceptions libérales américaines, où la notion d'autonomie individuelle est primordiale. Elle ne l'est pas nécessairement dans d'autres cultures politiques.

sente comme le principe le plus essentiel de la culture juridique et politique américaine⁶⁶. Cette autonomie passe par la possibilité de faire des choix sur un marché donné. Il est donc nécessaire de concevoir les mécanismes et garanties juridiques qui permettront, en cas de crise, de préserver non seulement les facultés des travailleurs pour retrouver un emploi, mais aussi leur autonomie par le maintien d'un certain pouvoir d'achat sur le marché. C'était devenu une priorité des pouvoirs publics, étant donné que l'économie capitaliste a laissé se développer des monopoles de certains acteurs économiques sur d'autres, menant à l'oppression économique. L'État se doit de les limiter, car il est le garant des propriétés de tous les acteurs économiques. Il est donc légitime qu'il protège les propriétés des plus faibles sur le marché par une protection sociale publique.

II. DE LA CRITIQUE DES MONOPOLES ÉCONOMIQUES À L'ATOMISATION DU CONCEPT DE PROPRIÉTÉ

Durant la seconde moitié du XIX^e siècle, de grandes corporations ont créé des forces coercitives que les théoriciens libéraux classiques n'avaient pas pu concevoir. Un des premiers, si ce n'est le premier, à avoir vu venir cette défaillance est le père de la sociologie américaine : Lester Ward. Il a analysé le rôle de l'État qui, par ses permissions et son autorité de garant de l'ordre public, a grandement contribué à structurer les marchés de la sorte⁶⁷. C'est non seulement le cas du travailleur pauvre, mais également celui du petit commerçant et de l'artisan victime de concurrence déloyale qui sont au cœur des premières analyses relatives à cette problématique. Au-delà de la dépression ayant suscité le besoin d'un *New Deal*, le cheminement théorique vers la protection sociale de marché a ainsi été influencé par les réflexions ayant mis en relation les conceptions classiques de la propriété et le développement des grandes corporations. Commons distingua d'ailleurs son idée de *droit au travail* précité des théories de Louis Blanc issues de la Révolution française de 1848, qui postulait un droit au travail dans un cadre « libre de tout monopole⁶⁸ ». Et contrairement à l'expérience européenne où les premiers systèmes d'assurance sociale furent conçus pour contenir les tendances révolutionnaires de la classe ouvrière, c'est plutôt la promotion de la libre concurrence qui a justifié les premiers pas vers la protection sociale de marché aux États-Unis.

Le cheminement fut long. Ce sont des réflexions en rapport avec la passation des contrats, la personnalité juridique des corporations et la propriété qui ont remis en cause l'ordre juridique du XIX^e siècle et débouché sur les grandes transformations du XX^e siècle. D'abord, concernant les relations entre employeurs et employés dans la passation des contrats, il y avait une inégalité de fait créée par une mise à égalité en droit. Les corporations étaient reconnues comme sujet de droit, tels des travailleurs ordinaires, sur le fondement du Quatorzième amendement leur octroyant ainsi une protection constitutionnelle abusive par la clause d'*equal protec-*

⁶⁶ Voir à ce sujet les travaux de Jean-Fabien Spitz, notamment J.-F. SPITZ, *La propriété de soi. Essai sur le sens de la liberté individuelle*, Paris, Vrin, 2018 ; *Le mythe de l'impartialité. Les mutations du concept de liberté individuelle dans la culture politique américaine (1870-1940)*, Paris, PUF, 2014.

⁶⁷ Voir notamment L. WARD, « Plutocracy and Paternalism », *The Forum*, vol. 20, nov. 1895, p. 300-310.

⁶⁸ J.R. COMMONS, « The Right to Work », art. cité, p. 139.

tion of the laws (A). Ensuite, concernant le concept de propriété lui-même, l'émergence des corporations a mené la doctrine, affairiste notamment, à noter un certain éclatement ou atomisation de la propriété à travers le nouveau fonctionnement des sociétés par actions. Il s'agissait notamment de dissocier, au sein de ces sociétés, les détenteurs (*stakeholders*/actionnariat) des utilisateurs (*managers*) de la propriété, pour montrer toute la subtilité des évolutions en cours dans le monde des affaires (B). Enfin, ces réflexions sur la propriété couplées aux problèmes des monopoles économiques ont mené à légitimer la protection sociale des travailleurs d'une façon qui sied aux conceptions libérales américaines. Il ne s'agissait pas de promouvoir l'État social par ce que Gosta Esping-Andersen a nommé la « démarchandisation » des politiques sociales, mais plutôt de protéger le jeu de sa mise en concurrence, renforçant au contraire la propension du travail à être non seulement une propriété, mais aussi une marchandise (C).

A. La définition problématique des corporations comme sujet de droit au regard du Quatorzième amendement

Au tournant du XX^e siècle, la proportion des salariés n'avait cessé d'augmenter du fait de l'expansion des grandes entreprises, impliquant l'éviction des petits concurrents (artisans et commerçants), ayant fondamentalement changé la nature même de l'économie et de la production des richesses. Dans son article précité, Commons avait expliqué comment les libertés classiques furent menacées sur certains marchés, parfois dominés par une seule et même corporation, tel l'exemple des chemins de fer⁶⁹. Afin de préserver une économie de marché concurrentielle, il devenait nécessaire de sauvegarder la liberté de tous les acteurs économiques contre les nouvelles servitudes économiques créées par les grandes corporations. Dans les affaires *Slaughterhouse* précitées, le juge Joseph Bradley critiquait ainsi les concessions de monopoles ou de privilèges qui affectent le choix des acteurs sur un marché donné :

La concession de monopoles, ou de privilèges, à des individus ou des sociétés, est une atteinte aux droits des autres personnes de choisir librement la profession de leur choix, et une violation de leur liberté personnelle [...] Pour moi, une loi qui interdit à un large groupe de citoyens de choisir librement le métier de leur choix ou qui les empêche de continuer à exercer celui qu'ils ont les prive bel et bien de leur liberté et de leur propriété [...] Leur liberté de choisir [*Right to choose*] est un élément de leur liberté, leur métier est leur propriété [...] ⁷⁰.

Durant la première moitié du XX^e siècle, ce seront les études relatives au caractère « inévitable » du monopole qui concentreront les analyses économiques anglo-saxonnes. Il s'agissait plus vraisemblablement d'un problème d'économie politique. Cependant, la problématique est née d'une contradiction juridique mettant la corporation, construction juridique organisée, sur un pied d'égalité avec les individus au regard du Quatorzième amendement. L'émergence de coercitions économiques sur les marchés était en effet tributaire de la nature légale des corporations⁷¹. La

⁶⁹ *Ibid.*, p. 139-140.

⁷⁰ *Slaughterhouse Cases. Dissension Bradley*, cité et traduit dans E. ZOLLER, *Les grands arrêts*, op. cit., p. 112-113.

⁷¹ L'un des premiers à avoir expliqué ce problème est Ernst Freund, dès 1897. Voir E. FREUND, *The Legal Nature of Corporations*, Chicago, The University of Chicago Press, 1897.

théorisation de la corporation comme sujet de droit s'inscrivait dans des doctrines naturalistes qui se refusaient à admettre les groupes sociaux comme sujet de droit. Morton Horwitz a expliqué quelles ont été les difficultés rencontrées par les juges de la Cour suprême pour penser ce sujet de droit si particulier. Le formalisme juridique de l'époque considérait le développement des corporations comme inévitable, lié à l'économie et non au droit⁷².

C'est pourtant une décision controversée *Santa Clara v. Southern Pacific Railroad*⁷³ rendue par la Cour suprême en 1886 qui jeta les bases de cette contradiction. Estimant que la corporation était, en quelque sorte, une personne comme les autres, la Cour retenait au regard du Quatorzième amendement que la *Southern Pacific Railroad Company* pouvait bénéficier de l'égale protection des lois au même titre que tout individu. Cela devait logiquement aboutir à un déséquilibre des rapports de force lors de la passation des contrats. C'est dans ce contexte que se développèrent les réactions contre le *legal formalism*, notamment par rapport à la question du contrat de travail. La décision *Lochner* précitée et l'avènement du *freedom of contract* érigé comme droit constitutionnel, combiné de surcroît à la mise sur un pied d'égalité des corporations et des individus, ne menaient pas seulement à des déséquilibres sociaux vecteurs d'injustice, ils conduisaient aussi la doctrine classique à l'impasse et à des abstractions qui ne tenaient plus compte des réalités. Les partisans du réalisme juridique allaient critiquer cet égalitarisme tronqué par une vision plus pragmatique du rapport de force dans le monde du travail.

C'est l'Université de Harvard qui fut à cette époque le domaine des *legal realists*. Roscoe Pound, notamment, défendait une vision plus réaliste du consentement, et dénonçait l'inégalité factuelle des parties au contrat⁷⁴. Pound défendait l'idée que la doctrine du *freedom of contract* repose sur une conception égalitaire et objective des droits, mais qu'elle pose évidemment de nouvelles difficultés au vu de l'évolution industrielle et de l'émergence des grands groupes industriels. Pound, critiquant le juge John M. Harlan qui défendait à nouveau la position *Lochner* dans une décision *Adair v. United States* trois années plus tard⁷⁵, ne modérait pas son propos, mais ses critiques furent parfois virulentes. Il estimait que les discussions sur les *equal rights* sont fausses, car « toutes les idées préconçues sur le système contractuel sont fallacieuses⁷⁶ ». Tandis que la liberté de contracter semble en théorie ne pas violer la clause d'égale protection des lois, Pound expliquait la manière dont les définitions classiques des droits constitutionnels mènent à un rapport de force déséquilibré et favorable aux grandes corporations industrielles. La raison, selon Pound, semble claire : c'est une « conception individualiste de la justice » qui « exagère l'importance de la propriété et du contrat, et les droits privés au détriment des droits publics⁷⁷ ».

D'autres *legal realists* et proches conseillers de Roosevelt, tels Felix Frankfurter et Nathan Greene, firent la distinction entre la liberté de contrat (*Freedom of*

⁷² M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, op. cit., p. 66.

⁷³ *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Company*, 118 U.S. 394 (1886).

⁷⁴ R. POUND, « Liberty of Contract », *The Yale Law Journal*, vol. 18, n° 7, 1909, 454-587.

⁷⁵ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908).

⁷⁶ R. POUND, « Liberty of Contract », art. cité, p. 454.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 457.

contract) et la liberté de pouvoir contracter (*Freedom TO contract*), et affirment qu'« [i]l est futile d'envisager la liberté de contrat sans la liberté de pouvoir contracter⁷⁸ ». C'est cette question contractuelle qui préoccupait également les économistes de l'époque. Richard T. Ely, le Professeur de Commons à l'université du Wisconsin, fut l'un des premiers à dénoncer le déséquilibre dans le rapport de force contractuel aux États-Unis :

La coercition des forces économiques est largement due à l'inégalité dans les relations contractuelles, car au-delà du contrat lui-même sont impliquées les inégalités des contractants⁷⁹.

Morton Horwitz rappelle que ce n'était pas l'effet escompté des juges dans la décision *Santa Clara*. Il s'agissait plutôt d'un péché d'ignorance, car la réalité de l'évolution entrepreneuriale était assez méconnue par les théoriciens du droit de l'époque⁸⁰. Quelques années plus tard, les juges s'intéressèrent aux problématiques qu'ils avaient soulevées avec *Santa Clara*. Le juge Field, dont nous avons constaté le souci de lutter contre les servitudes économiques, s'était d'ailleurs prononcé pour l'extension de la protection du Quatorzième amendement aux corporations dans *Santa Clara*. Dans la droite ligne de sa pensée établie dans la décision *Slaughterhouse*, il avait notamment retenu que la protection des corporations par le Quatorzième amendement était nécessaire à la protection de la propriété et du revenu espéré des actionnaires, et donc à la préservation de la valeur marchande de leur propriété⁸¹. Mais il reconnaîtra quatre ans plus tard, en 1890, que les trois quarts de la richesse du pays sont détenus par les grandes corporations industrielles⁸². Ces corporations possédant au même titre que tout individu un droit de propriété protégé par le Quatorzième amendement, comment justifier qu'un droit dit naturel appartienne à des entités socialement construites ? La contradiction apparaissait tant sur le plan conceptuel que sur le plan éthique, et le divorce avec les théories classiques de la propriété selon Locke, basées sur la conception individualiste de la possession du bien, devenait inévitable. La propriété s'éloignant de la personne physique pour se rattacher à la personnalité juridique, elle allait à son tour apparaître non plus comme un droit individuel et naturel de l'individu, mais bien comme un droit politiquement construit, puisque possédé par des collectivités en vertu de la personnalité juridique dont elles bénéficient.

La jurisprudence *Santa Clara* était née d'une volonté d'admettre dans le champ du Quatorzième amendement des groupes sociaux pour mieux coller à la réalité de l'évolution sociale, économique, et industrielle. Les juges avaient pris cette responsabilité, sans mesurer les conséquences sociales d'un tel avantage pour les dirigeants et actionnaires des grandes corporations contre les salariés. Leur méthode juridique restait proche d'une conception individualiste de la justice, d'où les contradictions évidentes. La mise sous contrôle des corporations est donc apparue de

⁷⁸ F. FRANKFURTER et N. GREENE, *The Labor Injunction*, The Macmillan Company, 1924, p. 211.

⁷⁹ R.T. ELY, *Studies in the Evolution of Industrial Society*, New York, The Macmillan Company, 1903, p. 406.

⁸⁰ M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, *op. cit.*, p. 69.

⁸¹ *Ibid.*, p. 73.

⁸² *Ibid.*, p. 71.

plus en plus nécessaire en raison des risques encourus, non seulement pour les travailleurs, mais aussi pour le jeu de la libre concurrence.

B. La dissociation entre détenteur et utilisateur de la propriété

La critique des monopoles économiques était devenue quasi unanime parmi les penseurs de l'économie libérale des années 1930 jusqu'à la Seconde Guerre mondiale. Pour le célèbre économiste libéral Friedrich Hayek, par exemple, les monopoles économiques sont dépendants des politiques gouvernementales qui les permettent, par un certain jeu de collusion. C'est, nous l'avons dit, ce que le sociologue Lester Ward avait remarqué plusieurs décennies auparavant : « ceux qui dénoncent l'intervention de l'État sont ceux qui le plus fréquemment en bénéficient⁸³ », et les économistes libéraux finissaient par l'admettre on ne peut plus clairement. S'inspirant d'une expertise de la *Temporary National Economic Committee*⁸⁴, Hayek notait que les grandes entreprises et les détenteurs de capitaux obtenaient fréquemment l'assistance de la puissance publique pour renforcer leur pouvoir monopolistique sur les marchés⁸⁵. Le penseur critique de l'État pouvait ainsi renvoyer dos à dos les monopoles des pouvoirs publics et les monopoles d'entreprises, conduisant les uns comme les autres à la servitude. Mais un travail doctrinal devait justifier une voie médiane impliquant un contrôle étatique minimum sur les corporations. À ce sujet, ce sont encore les réflexions sur la propriété qui ont été au centre des analyses.

Un ouvrage essentiel est celui d'Adolf Berle et Gardiner Means, intitulé *The Modern Corporation and Private Property*⁸⁶, publié en 1932. L'ouvrage, qui n'a jamais fait l'objet de traduction en langue française⁸⁷, est pionnier par sa démonstration des conflits d'intérêts entre dirigeants et actionnaires nés de la séparation entre propriétés des actifs et contrôle des entreprises. La théorie défendue a pu être critiquée par de récents travaux sur la firme, en relation avec de très nombreuses réflexions en droit américain concernant les entreprises multinationales et les tribunaux d'arbitrage. Mais sa contribution essentielle demeure, qui est d'avoir démontré et expliqué les conséquences de l'atomisation de la propriété dans le cadre de la

⁸³ L. WARD, « Plutocracy and Paternalism », art. cité, p. 308-309. Il renvoie d'ailleurs à l'ouvrage *Distribution of Wealth de Commons*, publié deux années auparavant, afin de dénoncer la logique qui mène aux monopoles économiques.

⁸⁴ « Il doit être noté, de plus, que le monopole est généralement le résultat d'autres facteurs que le moindre coût supposément relatif à la taille de l'entreprise. Il est atteint, plutôt, par la collusion avec des politiques publiques. Lorsque ces collusions sont invalidées et que ces politiques sont renversées, les conditions de la compétition sont restaurées » (C. WILCOX, *Competition and Monopoly in American Industry*, Temporary National Economic Committee, Monograph n° 21, 1940, p. 314, cité par F. HAYEK, *The Road to Serfdom*, 2^e éd., Abingdon-on-Thames, Routledge, 2001 [1944], p. 47-48).

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Voir A.A. BERLE et G.C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Transaction Publishers, 1991 [1932].

⁸⁷ On trouve des résumés et des critiques en langue française, mais qui concerne davantage les apports de la théorie dans l'économie politique. Voir par exemple J. MAGNAN DE BORNIER, « Propriété et contrôle dans la grande entreprise. Une relecture de Berle et Means », *Revue économique*, vol. 38, n° 6, 1987, p. 1171-1190. Nous précisons dès lors que les traductions ici présentes sont de l'auteur.

société par actions. S'il n'y a pas de preuves formelles de l'influence directe que les auteurs ont pu avoir sur les principales mesures du *New Deal*, leur théorie reste un tournant doctrinal majeur du *legal realism*⁸⁸, et l'on s'accorde sur la proximité des opinions présentées et la substance des législations sociales. Berle était membre du *Brain Trust* de Roosevelt. Les auteurs ont su exposer la manière dont les relations entre propriété et entreprises ont évolué et créé de nouveaux problèmes juridiques, économiques et sociaux que les *new dealers* devaient résoudre. Pour mieux comprendre la dérive autoritaire qu'entraîne la domination économique des grandes corporations, l'idée n'était pas tant de penser les rapports entre l'État et les corporations, dont on concevait aisément la connivence, mais plutôt le rapport entre les dirigeants et l'actionnariat. Il semble évident que le *New Deal* devait protéger tant l'actionnariat que les travailleurs, tandis que l'évolution des corporations avait renforcé le monopole des dirigeants à la fois par la dispersion du pouvoir des actionnaires sur leurs propriétés personnelles (les actions) et la gestion arbitraire du salariat. Pour mettre en lumière les rapports de pouvoir au sein des grands groupes industriels, Berle et Means insistent donc sur l'importance de distinguer la propriété des actionnaires (*shareholders*) d'un côté et le contrôle effectué sur cette propriété par les gestionnaires (*managers*) de l'autre. Ils détaillent au troisième chapitre (« *The Concentration of Economic Power* ») les changements majeurs que les corporations et les monopoles économiques ont impliqués⁸⁹. L'économie, guidée par des forces invisibles tel le choix des investisseurs, est aujourd'hui clairement sous contrôle d'un nombre limité de gestionnaires à la tête des corporations. Ces personnes en tirent un pouvoir et un profit considérable. Plus encore, ils ont « institutionnalisé » par le droit leur pouvoir sur le marché :

Le pouvoir économique entre les mains de quelques personnes qui contrôlent une corporation géante est une force immense qui peut impliquer l'avantage ou le désavantage d'une multitude d'individus, affecter des districts entiers, changer le cours marchand, amener à la ruine toute une communauté pour en faire prospérer une autre. Les organisations qui contrôlent ont largement dépassé la frontière de la propriété privée, elles sont presque devenues des institutions⁹⁰.

Les enseignements de Berle et Means sont nombreux pour repenser la régulation de l'économie capitaliste par l'État. D'abord, ils ont expliqué la manière dont la compétition a changé de caractère depuis la première moitié du XX^e siècle. La production est de plus en plus destinée à l'offre et l'utilisation de services, bien plutôt qu'à la vente de biens physiques. Ensuite, il convient d'admettre que la nature du capital a changé également. Il ne s'agit plus seulement de disposer de biens tangibles, mais de peser sur les rapports de forces économiques à venir, en fonction des opportunités de tout un chacun. Enfin, le contrôle exercé par les personnes dirigeantes au sein d'une grande entreprise ne concerne plus seulement leurs propres propriétés, mais la propriété d'autrui, principalement ces propriétés intangibles ou passives que sont les actions des investisseurs. Pour Berle et Means, il

⁸⁸ Certes le terrain fut préparé par d'autres auteurs ayant déjà attiré l'attention sur les problèmes politiques relevant des grandes corporations. Voir J. MAGNAN DE BORNIER, « Propriété et contrôle dans la grande entreprise. Une relecture de Berle et Means », art. cité, p. 1171-1172, citant des ouvrages de Walter Lippman, Walter Rathenau, Thorstein Veblen, Thomas Carver, William Ripley, et I. Wormser.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 18-46.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 46.

s'agit de remettre en cause le préjugé selon lequel les détenteurs du titre juridique de propriété posséderaient l'intégralité des profits qui en émanent :

Avec la séparation de la propriété [*ownership*] et du contrôle (de cette propriété), les rapports de force se sont développés jusqu'à ce que ceux qui contrôlent la corporation puissent agir contre l'intérêt même du propriétaire. Depuis que les pouvoirs de contrôle et de management ont été créés par le droit, il en est dans une certaine mesure résulté une légalisation de l'accumulation des profits entre les mains des groupes contrôlant les richesses⁹¹.

Ce sont les gestionnaires qui sont devenus *de facto* les utilisateurs de la propriété. Et c'est l'abandon du contrôle de la propriété par le propriétaire qui aboutit nécessairement à repenser la théorie classique de la propriété :

Les propriétaires de la propriété passive (les actionnaires) qui ont investi dans la corporation ont abandonné leur contrôle et toute responsabilité sur la propriété active ; ils ont ainsi abandonné leur droit à faire valoir que la corporation serait requise d'agir dans leurs intérêts ; ils ont libéré la corporation de toute obligation relative à la protection impliquée dans la doctrine classique de la propriété privée⁹².

La problématique relative aux grandes corporations a tout autant remis en cause la séparation orthodoxe entre droit public et droit privé qu'elle a remis en question l'idée selon laquelle la propriété serait un droit naturel et prépolitique⁹³. Morton Horwitz considère le travail de Berle et Means comme l'un des plus influents de l'école réaliste, en ce qu'il a démontré les connexions entre propriété et pouvoir en partant de cette distinction entre propriétaire et *management*⁹⁴. Berle et Means ont montré en quoi consistait l'éclatement de la propriété dans le cadre d'une société par actions, où les individus ne sont plus maîtres de la richesse qu'ils produisent. La société par actions a transformé la nature même de la propriété structurant le système capitaliste, impliquant deux problèmes majeurs. D'une part, les actionnaires ne contrôlent pas la propriété qu'ils possèdent. D'autre part, puisqu'ils continuent d'en percevoir les fruits malgré leur passivité, on admettra qu'une masse conséquente de richesses n'est plus redistribuée entre agents économiques en fonction de leur travail, selon les préceptes de la *work ethic* américaine. Qu'il s'agisse de questions techniques ou de principes d'ordre moral, le management des grandes entreprises devrait être contraint, pour rétablir un certain équilibre, à gérer la société en tenant compte d'autres intérêts que ceux des seuls actionnaires. Les entreprises doivent tenir compte des intérêts des salariés, des consommateurs, et même de l'État.

Cette critique des monopoles aboutit à deux points essentiels. D'abord, on conçoit l'atomisation du concept de propriété, qui recouvre désormais une multitude de droits – ce que John Commons avait nommé le faisceau de droit (*bundle of rights*) – et régit une multitude de rapports sociaux. La propriété, par sa dimension dynamique, peut changer de signification en fonction des réalités sociales, voire de la

⁹¹ *Ibid.*, p. 334-335.

⁹² *Ibid.*, p. 355.

⁹³ M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, *op. cit.*, p. 145-167.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 165-167.

nature même de l'État, social ou minimal⁹⁵. Ensuite, le lien épistémique entre les arguments des écoles réalistes et institutionnalistes, recoupant théorie économique et théorie du droit, est de supposer que les rapports de pouvoirs et de contrôle entre individus fondent les droits et non le contraire. Pour intégrer cet enseignement dans le paradigme des droits individuels, il faut repenser la propriété et la liberté d'en disposer comme des pouvoirs octroyés sur le marché, ou la garantie d'un pouvoir économique réalisable sur un marché donné. Nous rejoignons, ici encore, un raisonnement de Commons sur la liberté qui dépend d'un pouvoir d'action sur le marché en fonction des choix et des opportunités présentes, car la liberté est inséparable de la notion de pouvoir, notamment de pouvoir d'achat⁹⁶. On admettra que le pouvoir de la corporation est, quant à lui, inhérent à une structure juridique qui favorise l'accumulation du contrôle et des profits par une minorité, qu'il s'agisse des managers pour l'utilisation de la propriété, ou des actionnaires pour la jouissance de ses fruits. En ce cas, les autorités publiques doivent non seulement les contrôler, mais également protéger ceux qui voient leur pouvoir d'achat décliner sur les marchés du fait des nouvelles formes de pouvoir coercitif et de l'accumulation de richesses par certains. C'est, encore une fois, ce qui justifie une protection sociale de marché pour les acteurs économiques défavorisés.

C. Protection sociale et libre concurrence

La garantie des droits de propriété et la préservation de la libre concurrence constituent en quelque sorte les termes du compromis libéral relatif à la protection sociale de marché. La concurrence demeure la règle, l'intervention et le contrôle de l'État fonctionnent quant à eux comme des correcteurs pour garantir la libre concurrence contre les dérives monopolistiques. Naturellement, les études relatives au caractère « inévitable » du monopole économique étaient, durant la première moitié du XX^e siècle, une problématique centrale des analyses économiques anglo-saxonnes. Nous avons déjà évoqué brièvement le point de vue de Hayek à ce sujet, posant la problématique du monopole : est-ce qu'il résulte de l'évolution naturelle des technologies ou d'une politique déterminée ? Bien sûr, l'économiste libéral concluait que le monopole résulte du fait politique et n'est pas naturel⁹⁷. Les monopoles

⁹⁵ À ce sujet, l'une des représentations les plus surprenantes et stimulantes de la propriété fut certainement l'idée de propriété sociale. C'était une thèse de Charles Reich, professeur de droit à Yale, dans les années 1960. Il estimait nécessaire de repenser la propriété en fonction d'un État social plus développé, et d'admettre que les prestations sociales étaient désormais de nouvelles formes de propriété, dans une logique de droit-créance. C.A. REICH, « The New Property », *The Yale Law Journal*, vol. 73, n° 5, av. 1964, p. 733-787. Voir également M. RENAUDIE, « Deux approches originales du constitutionnalisme social : Les théories de Charles Reich et Frank Michelman », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Aix-en-Provence, PUAM, n° 1, nov. 2018, p. 31-49.

⁹⁶ J.R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, op. cit., p. 29.

⁹⁷ À ce sujet, voir l'économiste britannique Lionel Robbins : L. ROBBINS, *The Economic Basis of Class Conflict*, Londres, Macmillan, 1939, notamment le chapitre « The Inevitability of Monopoly », p. 45-80. L'auteur explique que si les principales théories économiques ont insisté sur les évolutions des rapports de transactions, elles ont sous-estimé la question essentielle des brevets professionnels (*patents*), titre de propriété et création juridique dont l'objectif est justement la monopolisation. L'économiste britannique de la London School of Economics, ardent défenseur du libre marché par opposition aux keynésiens de Cambridge, finit par admettre la nécessité d'une planification pour préserver le jeu de la concurrence durant la guerre, période aux grandes

économiques n'étaient pas le seul fait du marché, mais plutôt le fait de l'État et du cadre normatif établi. Une fois cette idée admise, la promotion de la libre concurrence par l'État est progressivement devenue un paradigme des politiques sociales américaines chez les progressistes, communiquant avec les nouvelles théories du réalisme juridique afin de mieux analyser les rouages du capitalisme. Comme le résume Morton Horwitz :

Une conception monopolistique et excluante [*exclusionary*] de la propriété a été remplacée par des règles de droit qui permettaient diverses atteintes non réparables à la propriété. Finalement, de cette redéfinition de grande ampleur de la propriété, la présomption en faveur de la concurrence émergea complètement⁹⁸.

Cet aspect nous permet d'indiquer deux points essentiels. D'abord, la promotion de la libre concurrence a influencé le discours juridique justifiant la mise en place des politiques sociales. Justifiant le *New Deal*, Franklin Roosevelt rappelait la nécessité du *Freedom from monopolies* pour sauvegarder les intérêts de la classe moyenne laborieuse et émanciper les travailleurs de l'autorité des monopoles économiques sur les marchés⁹⁹. Cela justifiait une protection sociale, car « [t]out homme a un droit sur sa propriété ; ce qui signifie un droit d'être assuré, dans la limite du possible, de la préservation de ses économies¹⁰⁰ ». La lutte des petits travailleurs ou consommateurs contre les grandes corporations est devenue un élément structurant du discours sur la protection sociale américaine, conjointement à la rhétorique relative à la propriété. De toute évidence, les attentes relatives à la protection sociale de marché ne peuvent être accomplies par le seul jeu de l'assurance privée, car rien n'empêcherait les assureurs privés de dériver vers les situations monopolistiques que la protection sociale est justement censée combattre. Marchés financiers et protection sociale, bien qu'ils disposent du même objectif social et économique de transferts des risques et des protections, se font concurrence. Les penseurs libéraux américains (qu'ils soient juristes ou économistes) ne défendront généralement ni le système public de protection sociale ni les assureurs privés. Ils plébisciteront toujours l'association des deux dans cette logique qui est de laisser le choix aux consommateurs. Le Président Obama, pour justifier sa réforme sur l'assurance maladie *Obamacare* reprenait le même leitmotiv. Il avait d'abord dénoncé les monopoles de certaines compagnies d'assurances privées, défendant sa réforme au motif qu'elle permettrait à ceux ayant peu de moyens de choisir une assurance à moindre coût :

Ma philosophie est, et a toujours été que les consommateurs s'ajustent au mieux dans un système qui garantit le choix et la compétition. C'est la manière dont le marché fonctionne. Malheureusement, dans 34 États, 75 % du marché des assurances est contrôlé par à peine cinq compagnies. Dans l'Alabama, presque 90 % du marché est contrôlé par une seule compagnie d'assurance. Et sans compétition, le prix d'une assurance augmente et la qualité baisse [...]. Mon objectif n'est pas de mettre les compagnies privées d'assurance hors-jeu. Elles fournissent un

avancées technologiques. L'auteur était cité notamment par Friedrich von Hayek dans son chapitre « The Inevitability of Planning » de son fameux ouvrage *The Road to Serfdom*, *op. cit.*, p. 46.

⁹⁸ M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, *op. cit.*, p. 111.

⁹⁹ Voir F.D. ROOSEVELT, *Message to Congress on Curbing Monopolies*, 29 avril 1938.

¹⁰⁰ F.D. ROOSEVELT, *Discours de campagne au Commonwealth Club*, 23 septembre 1932, in S.I. ROSENMAN, *The Public papers and addresses of Franklin D. Roosevelt*, vol. 1, *The Genesis of the New Deal, 1928-1932*, New York, Random House, 1938, p. 742-756.

service légitime, et elles emploient nombre de nos amis et voisins. Je veux juste les mettre sous contrôle¹⁰¹.

Ensuite et enfin, il faut retenir ce point par lequel le travail se voit considéré comme une marchandise à protéger sur un marché donné. C'est là le sens réel du travail conçu comme propriété. Rappelons la thèse de Gosta Esping-Andersen qui établit la classification des États sociaux et des droits sociaux selon cet indicateur assez imprécis, mais stimulant : le célèbre critère de la « démarchandisation » (*decommodification*) des politiques sociales. Il s'agit d'établir au sein de chaque État-providence pourquoi et comment certains produits devraient être exclus du jeu traditionnel de l'économie de marché, c'est-à-dire l'offre et la demande. Pour le sociologue, le « critère des droits sociaux doit être le degré auquel ils permettent aux personnes de maintenir leur niveau de vie indépendamment des forces du marché¹⁰² ». Mais il y a bien sûr divers degrés pour établir l'immunité au marché des politiques sociales. En l'occurrence, le cas américain est l'exemple où la démarchandisation est la moins avancée. Comme nous l'avons écrit en introduction, la terminologie de protection sociale de marché révèle des contradictions intrinsèques. En cause, le fait que le travail soit considéré comme une marchandise dans la lente réflexion qui a mené à sa (relative) protection. Esping-Andersen a rappelé que le statut du travail comme marchandise était au cœur des débats sur la question sociale au XIX^e siècle¹⁰³. Les principales théories socialistes rejetaient *a priori* cette propension à considérer le travail comme une marchandise, symbole de l'aliénation des classes laborieuses. Ainsi les régimes corporatistes et démocrates sociaux de l'Europe se sont orientés vers des régimes de protection sociale enracinés dans des réflexes conservateurs contre les évolutions industrielles, mais également influencés par les thèses socialistes¹⁰⁴. Et c'est logiquement que la citoyenneté nationale deviendra le fondement de la protection sociale en Europe, aménagée en fonction des cultures politiques et professionnelles selon les pays. En revanche, le libéralisme américain assumant la thèse que le travail est une propriété, mais aussi une marchandise, a logiquement abouti à la conception pro-marché de la protection sociale. Il est même révélateur que la création d'un système de retraite et d'une assurance chômage aux États-Unis ait pu se justifier par la volonté de davantage flexibiliser le marché du travail¹⁰⁵. Comme l'a reconnu Esping-Andersen,

Le compromis libéral avec la protection sociale est en pratique bien plus élastique que l'on croit, précisément parce que sous certaines conditions il envisage de renforcer le statut de marchandise dévolue au travail sans prémunir les effets sociaux défavorables¹⁰⁶.

¹⁰¹ B. OBAMA, « Message au Congrès au sujet de la réforme de l'assurance maladie » (9 septembre 2009), in B. OBAMA, *Public Papers of the Presidents of the United States: Barack Obama. 2009, t. II, July 1 to December 31, 2009*, Washington, United States Government Printing Office, 2013, p. 1362-1370 [https://www.govinfo.gov/app/details/PPP-2009-book2].

¹⁰² G. ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l'État providence. Essai sur le capitalisme moderne*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 37.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 38-47.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 43-44.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 44.

Le concept de propriété au fondement de la protection sociale de marché a ainsi diminué cette dimension des politiques sociales qu'est la démarchandisation du travail et des biens de première nécessité. En d'autres termes, la protection sociale reste pour l'essentiel un commerce aux États-Unis. C'est peut-être la différence la plus évidente avec les conceptions européennes. Le concept de propriété, au fondement des analyses relatives à la protection sociale par son rôle structurant dans le cadre normatif, peut expliquer cette approche « commerciale » de la protection sociale outre-Atlantique. Les citoyens américains conçoivent la protection sociale publique et les fonds de pension privés dans le cadre d'un seul et même marché unique de protection sociale. Marché financier et caisses publiques servent des buts similaires pour des agents économiques qui ajustent leurs revenus futurs en fonction de scénarios économiques qu'ils anticipent pour sauvegarder leurs actifs. Ils choisissent d'investir dans des marchés financiers et fonds de pension pour moduler leur sécurité sociale selon leur choix, ou dans des mécanismes étatiques d'assurance collective pour mieux couvrir les risques. Souvent, ils choisissent un panachage des deux, qui semble un bon compromis entre prise de risque avec une assurance rémunératrice et sécurité minimale avec les systèmes d'assurance publique.

CONCLUSION

La propriété au fondement de la protection sociale de marché a entraîné une protection sociale de nature dynamique, tributaire des conceptions évolutives des droits de propriété et de la confiance dans l'État pour les assurer. Des théories peuvent tenter de rationaliser les dynamiques en référence, notamment, à la relation entre autonomie individuelle et compétences redistributives de l'État¹⁰⁷. Cependant, les conceptions évolutives de la propriété n'invitent pas à la systématisation des mécanismes de protection sociale par l'État, contrairement au fondement peut-être plus structurant de la citoyenneté. En cause, le simple fait qu'il n'y a pas de définition définitive de ce qu'est la propriété, tandis que les doctrines qui lui sont relatives sont mouvantes. Ainsi un mécanisme de protection sociale qui tire sa légitimité des droits de propriété est instable. À l'évidence, le système de protection sociale de marché a ses limites. Les Européens n'auraient d'ailleurs aucune raison de l'envier. Il ne permet pas une sécurité du berceau à la tombe pour les plus faibles. En cause, le fait qu'il soit avant tout conçu comme un système alternatif pour protéger la propriété du travail en cas de crise. C'est ce qui fait certes sa légitimité, mais également sa faiblesse.

Notons enfin que la protection sociale publique aux États-Unis doit, c'est une évidence, être pensée au-delà de son cadre normatif, également dans ses relations avec le marché des assurances privées. Dans cette approche commerciale de la sécurité sociale, protection sociale et marché financier se complètent, mais ils se font concurrence également. Aux États-Unis, le poids des assurances privées fait que le pays est davantage soumis aux aléas des marchés financiers. Bien sûr, les aléas du marché affectent aussi les pays de protection sociale universelle. La crise des marchés financiers depuis dix ans a certes affaibli le rendement des dispositifs d'épargne pour financer les retraites en France. Mais les Américains sont plus exposés dans le cadre d'une protection sociale de marché, surtout en ce qui concerne

¹⁰⁷ Voir L. UNDERKUFFLER, *The Idea of Property: Its Meaning And Power*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

les crises de l'emploi. Les mécanismes de protection sociale ont parfois été renforcés, notamment pour la santé, avec des extensions pour les programmes *Medicare* et *Medicaid*, puis l'avènement de l'*Obamacare*, mais les insuffisances de la sécurité sociale et le défaut d'universalité ne permettent toujours pas une protection efficace des plus démunis. Les liens théoriques qui unissent propriété, concurrence, et protection sociale, ne peuvent remplacer l'idée d'une solidarité sociale universelle basée sur la citoyenneté. En 1945, à l'heure du premier bilan pour la protection sociale de marché aux États-Unis, le rédacteur du SSA, Edwin Witte, notait déjà les défaillances de ce système, insistant notamment sur le fait que les États fédérés ne suivaient pas suffisamment les instructions nationales relatives à la sécurité sociale. Malgré les apports considérables du *New Deal* qu'il détaillait longuement, il exprimait certaines inquiétudes pour l'avenir de la protection sociale de marché :

Même durant des périodes de baisse du chômage, les limites et les inadéquations de notre système continuent d'être visibles. Très certainement, il ne nous protégera pas d'une autre grande dépression ni n'apportera des protections adéquates contre ses conséquences les plus graves¹⁰⁸.

Les ravages de la récession de 2008 aux États-Unis pour les plus démunis ont montré que ses inquiétudes étaient fondées. Elles le sont encore très certainement aujourd'hui.

Maxime Renaudie

Institut Max Planck de droit public comparé et droit international.

¹⁰⁸ E. WITTE, « Development of Unemployment Compensation », art. cité, p 21. Il évoque ici les difficultés à établir un système national et universel d'assurance chômage, mais ses propos seraient certainement transposables à d'autres domaines sociaux.

BIBLIOGRAPHIE

- L. BAZZOLI, *L'économie politique de John R. Commons*, Paris, L'Harmattan, 1999.
- A. BERLE et G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New Jersey, Transaction Publishers, 1991 [1932].
- J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4, 2014, p. 763-794.
- J. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, 2^e éd., New Jersey, Transaction Publishers, 2007 [1924].
- , « The Right to Work », *The Arena*, vol. 20, n° 2, (1899) 131-142.
- , « Marx Today: Capitalism and Socialism », *Atlantic Monthly*, n° 136, 1925, p. 682-693.
- N. DUVOUX, *Les oubliés du rêve américain. Philanthropie, État et pauvreté urbaine aux États-Unis*, Paris, PUF, 2015, 310 p.
- R. ELY, *Studies in the Evolution of Industrial society*, Londres, The Macmillan Company, 1903.
- G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, Princeton University Press, 1990.
- I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Etude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017, 767 p.
- F. FRANKFURTER et N. GREENE, *The Labor Injunction*, Londres, The Macmillan Company, 1924.
- E. FREUND, *The Legal Nature of Corporations*, Chicago, The University of Chicago Press, 1897.
- B. FRIED, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement*, Harvard University Press, 1998.
- R.L. HALE, « Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State », *Political Science Quarterly*, vol. 38, 1923, p. 470-494.
- F. HAYEK, *The Road to Serfdom*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2001 [1944].
- M. HORTWITZ, *The Transformation of American law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- H. HOOVER, *Report of the President's Conference on unemployment*, Washington, Washington: United States Government Publishing Office, 1921.
- R. HURET, *L'Amérique pauvre*, Paris, Thierry Magnier, 2010, 121 p.
- , *American Tax Resisters*, Cambridge, Harvard University Press, 2014, 384 p.
- C. JAMIN, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique », *Droits*, n° 51, 2010, p. 137-160.
- M. KATZ, *The Price of Citizenship: Redefining the American Welfare State*, New York, Metropolitan Books, 2001.
- D. KENNEDY, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beard books, 1975.
- J. LOCKE, *Le Second Traité du Gouvernement*, Paris, PUF, 1994 [1690].
- J. MAGNAN DE BORNIER. « Propriété et contrôle dans la grande entreprise. Une relecture de Berle et Means », *Revue économique*, vol. 38, n° 6, 1987, p. 1171-1190.
- K. MARX, *Le capital*, Livre 1, Paris, PUF, 1993 [1867].

- W. MASTOR, « La politique de Roosevelt : le droit social d'un monde nouveau ? », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 150, 2014, p. 41-52.
- B. OBAMA, *Public Papers of the Presidents of the United States: Barack Obama*. 2009, t. II, *July 1 to December 31, 2009*, Washington, United States Government Printing Office, 2013 [<https://www.govinfo.gov/app/details/PPP-2009-book2>].
- R. PINTO, *Des juges qui ne gouvernent pas : opinions dissidentes à la Cour suprême des États-Unis (1900-1933)*, préf. de G. Gidel, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934.
- R. POUND, « Liberty of Contract », *The Yale Law Journal*, vol. 18, n° 7, 1909, p. 454-587.
- Ch. REICH, « The New Property », *The Yale Law Journal*, vol. 73, n° 5, avril 1964, p. 733-787.
- M. RENAUDIE, « La question sociale comme ligne rouge : Origines et limites du gouvernement des juges aux États-Unis », *Politéia, Revue Semestrielle de Droit Constitutionnel Comparé*, n° 31, juin 2017, p. 327-358.
- , « Deux approches originales du constitutionnalisme social : Les théories de Charles Reich et Frank Michelman », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, novembre 2018, p. 31-49.
- L. ROBBINS, *The Economic Basis of Class Conflict*, Londres, Macmillan, 1939.
- F.D. ROOSEVELT, *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt*, vol. 1, *The genesis of the New Deal, 1928-1932*, New York, Random House, 1938, p. 742-756.
- J.-F. SPITZ, *Le mythe de l'impartialité. Les mutations du concept de liberté individuelle dans la culture politique américaine (1870-1940)*, Paris, PUF, 2014, 592 p.
- , *La propriété de soi. Essai sur le sens de la liberté individuelle*, Paris, Vrin, 2018, 240 p.
- C. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, New York, Basic Books, 2004.
- L. UNDERKUFFLER, *The Idea of Property: Its Meaning And Power*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- L. WARD, « Plutocracy and Paternalism », *The Forum*, vol. 20, novembre 1895, p. 300-310.
- E. WITTE, « Development of Unemployment Compensation », *Yale Law Journal*, vol. 55, n° 1, 1945, p. 21-52.
- M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004.
- E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010.

Notes de lecture

Th. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : recherche sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique**

Thibault Guilluy est aujourd'hui l'un des chercheurs dont les travaux sont incontournables pour qui s'intéresse au droit constitutionnel britannique. Professeur à l'Université de Lorraine depuis 2018, il a été Maître de conférences à Paris II après avoir mené une recherche sous la direction d'Olivier Beaud à l'Institut Michel Villey. Sa thèse, soutenue en mars 2014, a été récemment publiée aux Éditions Panthéon-Assas. Intitulé *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : recherche sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*¹, l'ouvrage de Thibault Guilluy s'ajoute aux contributions majeures d'autres docteurs spécialistes des questions constitutionnelles et de l'histoire des idées juridiques britanniques au sein du laboratoire parisien dirigé par Denis Baranger².

La place éminente des analyses de droit politique dans la doctrine publiciste et comparatiste française est bénéfique. Le droit constitutionnel est aujourd'hui trop dominé par les approches presque exclusivement positivistes. Le succès – légitime – de l'école d'Aix, du néo-normativisme ou du constitutionnalisme juridique a largement concouru à cette tendance de fond. Malheureusement, ces orientations ont véhiculé quelques excès dans la mesure où les problématiques institutionnelles et politiques qui innervent le droit constitutionnel sont parfois reléguées au second plan, écartées ou déléguées aux chercheurs d'autres disciplines, notamment en

* Thibault GUILLUY, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : recherche sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, préf. O. Beaud, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2018, 460 p.

¹ Ci-après *DSGDD*.

² Nous pensons naturellement à C. ROYNIER, auteure d'une thèse remarquée en 2012 sur le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique (Thèse, Paris II Panthéon-Assas, 638 p., sous la direction de D. BARANGER) ou à T. PASQUIET-BRIAND, qui a écrit une étude de droit politique français en abordant la réception de la Constitution anglaise au XIX^e siècle (*La Réception de la Constitution anglaise au XIX^e siècle Une étude du droit politique français*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2017, sous la direction de Ph. LAUVAUX). La « tradition » des thèses portant sur le droit britannique se poursuit au sein de l'Institut Villey, comme en témoignent les travaux menés P. GUILLON (*Le droit britannique face au terrorisme*) et M. MONTAUBIN (*Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration en droit anglais*).

science politique. De ce point de vue, les études récentes sur la Constitution britannique ne font pas exception³. Elles surévaluent l'évolution en faveur d'un alignement du constitutionnalisme britannique sur le constitutionnalisme juridique continental. Elles sacrifient, en revanche, l'alchimie particulière entre l'histoire, le politique et le juridique qui caractérise la Constitution britannique.

Le premier grand mérite de la thèse de Thibault Guilluy est donc de réconcilier normativités juridique et politique. Maîtrisant avec finesse les équilibres subtils de la Constitution britannique, il convainc de la tension dialectique entre l'unité et la diversité qui l'anime. L'unité réside presque entièrement dans le dogme de la souveraineté du Parlement qui doit cependant être traité avec prudence. Théorisé juridiquement par Dicey, ce principe « absolu » a été perfectionné, discuté, amendé ou relativisé, en particulier par Wade, Hart, Salmond ou Jennings. Au-delà des affrontements doctrinaux, l'essentiel du propos tient à relever que ce sont bien les conventions de la Constitution, ces normes de « droit politique », qui forment la clef de voûte du système constitutionnel britannique et qui assurent que la souveraineté du Parlement ne se mue pas en un absolutisme juridique.

Pour étayer son argumentaire, Thibault Guilluy aborde principalement dans la seconde partie un pan de l'histoire constitutionnelle britannique trop fréquemment omis dans les productions contemporaines : les périodes coloniales. Il ne s'agit pourtant pas de s'en tenir, au travers de la présentation réussie de ce qu'ont été le « Premier », puis le « Second » Empire britannique, à une appréhension concrète de la souveraineté du Parlement de Londres mise à mal par les revendications des colonies. Thibault Guilluy s'appuie sur ce riche matériau historique pour convaincre de la capacité des Britanniques à concilier, depuis l'époque moderne jusqu'à aujourd'hui, une certaine unité – garantie par la souveraineté du Parlement – et la diversité – qui pondère ladite souveraineté grâce à la norme politique. Dès lors, l'auteur ne pouvait que conclure en affirmant que les racines anglaises de la Constitution ne suffisent plus à la définir : depuis au moins trois siècles, elle est britannique. Le qualificatif se justifie également dans la mesure où il permet de rendre compte de la forme originale de l'État britannique. Ni totalement unitaire, ni fédéral au sens classique du terme, le Royaume-Uni s'insère dans une « échelle du fédéralisme⁴ » qui emprunte au fédéralisme ségrégatif et, de façon tout à fait logique au regard de la thèse, à un fédéralisme plus politique et conventionnel.

Dans tous ses développements, Thibault Guilluy ne se départit jamais d'une méthode tributaire d'une école qui promeut une lecture nuancée du droit constitutionnel, à rebours d'une optique « ultra-positiviste » qui masquerait la véritable nature de l'objet considéré⁵. Sa recherche se range incontestablement aux côtés des

³ Voir, par ex., V. BARBÉ, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Étude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni*, Paris, LGDJ, 2009 ; B. RIDARD, *L'encadrement du temps parlementaire dans la procédure législative Étude comparée : Allemagne, Espagne, France, Royaume-Uni*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2018 ; A. BACHERT, *Les rapports entre Cours suprêmes et législateurs dans les systèmes constitutionnels de Common Law*, Paris, LGDJ, 2019 ; M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel. Étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2019.

⁴ DSGDD, p. 400.

⁵ Ce que l'auteur résume ainsi dans sa conclusion : « On peut [...] penser que le droit, et d'autant plus le droit constitutionnel, ne peut être isolé des conditions historiques, sociales, intellectuelles et politiques dans lesquelles il est affirmé et formulé » (p. 424).

ouvrages de référence du droit politique britannique tant l'exposé de la combinaison de la souveraineté du Parlement et des conventions de la Constitution s'apparente à un guide inégalé pour la comprendre. Quant à la démonstration de l'existence de la Constitution proprement britannique à partir de l'histoire juridique de l'Empire, elle est, selon nous, fondamentale.

I. UNE PRÉSENTATION DE LA CONSTITUTION BRITANNIQUE TRIBUTAIRE D'UNE ÉCOLE

Depuis plusieurs années, les études qui portent sur la Constitution britannique connaissent une forme de renouveau pour deux motifs. Le premier, le plus apparent, tient à la participation du Royaume-Uni aux constructions supranationales continentales dont l'implication majeure serait l'emprise inédite du constitutionnalisme juridique européen sur la Constitution britannique. Il n'est pas étonnant que les écrits académiques s'inspirant du néo-constitutionnalisme et du néo-normativisme se soient saisis de cette évolution. Elle confirmerait le primat du droit constitutionnel « moderne » de la protection des droits et libertés fondamentaux par le juge constitutionnel sur son versant « classique » qui s'attarde plus sur les mécanismes institutionnelles et politiques.

La seconde raison résulte de la pensée véritablement fondatrice de Denis Baranger sur l'origine du parlementarisme britannique dont le rayonnement dépasse les frontières françaises. Par une connaissance savante de l'histoire des idées juridiques d'outre-Manche et une maîtrise peut-être inégalée de la culture constitutionnelle britannique, Denis Baranger a su transmettre à nombre de chercheurs la conviction que la présentation de la Constitution du Royaume-Uni ne saurait se limiter à la seule interprétation de la jurisprudence et de la description du droit positif.

Le droit constitutionnel britannique occupe une place de choix dans les recherches menées au sein de l'Institut Michel Villey, dans la mesure où il apparaît comme un poste d'observation privilégié d'un droit politique en action. Nombre de marqueurs intellectuels de « l'école Villey » se retrouvent dans la thèse de Thibault Guilluy. D'un certain point de vue, elle est une forme d'hommage au courant doctrinal auquel il appartient et à ses maîtres. Ainsi en est-il des développements relatifs au caractère fédéral de la Constitution britannique qui prennent en partie appui sur les réflexions d'Olivier Beaud⁶. La promotion d'une vision historique, politique et juridique du droit que défend Thibault Guilluy s'inscrit résolument dans le prolongement des travaux de Georges Burdeau, de Jean-Jacques Chevallier ou de Pierre Avril. Ils sont abondamment et pertinemment cités par l'auteur, qui entame sa conclusion finale sous l'autorité de Georges Burdeau⁷.

Outre la façon dont sont repris les auteurs français, la thèse brille par sa dimension pédagogique lorsqu'elle fait référence aux grands penseurs d'outre-Manche (et plus ponctuellement des anciennes colonies). Dicey est abordé de front avec une force critique salutaire qui passe par la remise en cause de la souveraineté absolue du Parlement. Sous la plume de Thibault Guilluy, les théories complexes contestant

⁶ DSGDD, p. 400 *sqq.*

⁷ *Op. cit.*, p. 422.

les postulats du *Vinerian professor* (« *manner and form* » de Jennings) sont aisément compréhensibles⁸. La richesse des exposés philosophiques et politiques de Burke est particulièrement bien exploitée et valorisée.

La méthode de l'Institut Villey se retrouve également dans la mobilisation du dialogue entre les juristes, les philosophes, les historiens, les politistes, voire les sociologues. Dans sa présentation fouillée – inédite à ce jour – des conventions constitutionnelles britanniques, Thibault Guilluy s'attarde longuement sur leur nature sociologique en invoquant Durkheim ou Weber⁹. Pour les juristes les plus étriqués, il pourrait s'agir d'un mélange des genres. Pour ceux qui s'intéressent aux sources et aux principes de la Constitution britannique, le recours aux autres sciences sociales est une évidence. Tenter d'expliquer ce que sont les conventions de la Constitution et le principe de souveraineté du Parlement sans adopter une démarche que nous qualifierions de « culturelle » est selon nous une forme d'hérésie intellectuelle.

Le primat de la pensée historique suscite tout de même trois réserves. D'abord, la démonstration donne parfois l'impression que l'auteur s'astreint à devoir « placer » plusieurs auteurs que toute composition doctorale de l'Institut Michel Villey se doit d'invoquer. Par exemple, la référence à Carl Schmitt ne justifiait pas nécessairement un exposé aussi long à propos des conventions de la Constitution. D'autres auteurs l'ont de surcroît déjà produit, ce que Thibault Guilluy admet parfaitement puisqu'il souligne que « l'utilité et la pertinence de la théorie schmittienne [...] pour comprendre le phénomène conventionnel ont [...] été relevées par le professeur Pierre Avril¹⁰ ». La référence à « l'oracle¹¹ » schmittien pour démontrer « la nature intrinsèquement politique du droit constitutionnel » n'est pas non plus indispensable à la lumière de la riche littérature britannique et française qui aboutit à cette conclusion somme toute classique.

Ensuite, l'absence presque complète dans les développements¹² de références aux thèses françaises récentes – plus normativistes – sur la relativisation du principe de la souveraineté du Parlement¹³ ou la forme de l'État britannique à la suite de la dévolution peut surprendre. Quelle que soit l'opinion scientifique que l'on peut émettre à l'égard d'analyses de la Constitution britannique moins contextualisées ou qui s'attachent à reprendre des classifications préétablies¹⁴, leur éviction est sans doute trop catégorique. Il aurait été pertinent que Thibault Guilluy profite de sa connaissance encyclopédique du principe de la souveraineté du Parlement et

⁸ Indiquons toutefois qu'il aurait été utile de mentionner, au titre de la mise à jour, l'ouvrage de M. GORDON, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution. Process, Politics and Democracy*, Oxford, Hart publishing, 2015.

⁹ DSGDD, p. 234 *sqq.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 250.

¹¹ Pour reprendre une expression que Thibault Guilluy affectionne lorsqu'il évoque Dicey.

¹² La bibliographie est plus complète. Les thèses de I. NGYÊN-DUY (*La souveraineté du Parlement*, Paris, L'Harmattan, 2011) et de F. ROUX (*La dévolution en Grande-Bretagne. Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, Paris, Dalloz, 2009) sont mentionnées.

¹³ L'omission totale des travaux d'Aurélien Duffy sur les conséquences du HRA sur la souveraineté du Parlement, y compris dans la bibliographie, interroge.

¹⁴ Nous pensons aux analyses qui tendent à « plaquer » à la forme de l'État britannique les modèles unitaire, fédéral ou régional : voir F. ROUX, *op. cit.*

des Conventions de la Constitution pour nourrir un dialogue éventuellement contradictoire avec la recherche française contemporaine¹⁵, voire britannique sur la Constitution. Nous aurions été intéressés que l'auteur s'exprime sur certaines positions – souvent très pondérées d'ailleurs – d'Aurélien Duffy sur l'évolution du droit constitutionnel outre-Manche¹⁶, ou s'attarde sur les arguments de Vernon Bogdanor et de Richard Gordon favorables à l'élaboration d'une Constitution formelle¹⁷. L'éviction de ces analyses explique peut-être le survol des répercussions du *Human Rights Act* de 1998 sur la souveraineté du Parlement et des nouvelles pratiques politiques qui sont nées de cette loi. Ces dernières allaient de surcroît dans le sens de la démonstration de Thibault Guilluy. Contrairement à ce qu'un examen rapide des mutations de la Constitution depuis la fin des années 1990 laisse penser de prime abord, l'abondance des textes de nature constitutionnelle n'a pas eu pour seule conséquence une « juridictionnalisation » de la Constitution britannique. Elle a tout autant provoqué des évolutions institutionnelles et politiques majeures. La Chambre des Lords s'est sortie de la torpeur aristocratique qui l'a longtemps caractérisée et qui a failli avoir raison d'elle en faveur d'un contrôle parlementaire de la Constitution plus satisfaisant. De même en est-il de l'émancipation des commissions parlementaires, pourtant sévèrement jugées par le passé¹⁸. *Last but not least*, plusieurs textes eux-mêmes assurent une forme de préservation de la souveraineté parlementaire (dont le *HRA*) et plusieurs arrangements conventionnels. Sur ce dernier point, des passages réussis de la thèse sont consacrés à la convention Sewel qui régit les rapports entre le Parlement de Westminster et les autorités bénéficiant de la dévolution. Cependant, il est dommage que l'auteur n'ait pas fait une mise à jour en indiquant que ladite convention a été reconnue par la section 2 de la loi en 2016¹⁹ sans que, pour autant, il s'agisse d'une « codification » lui octroyant une valeur législative²⁰.

¹⁵ Par exemple, la remise en cause de l'argument soutenu par l'école d'Aix ou F. Roux (*op. cit.*), selon lequel la forme de l'État britannique tendrait vers le régionalisme ne fait l'objet que d'une note de bas de page (n° 123, p. 47).

¹⁶ Qui a, qui plus est, commis un article dans la revue *Jus Politicum* sur l'évolution de la Cour suprême du Royaume-Uni dans lequel elle évoque avec prudence la possibilité que cette juridiction se mue en une véritable juridiction constitutionnelle (« La Cour suprême du Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act* 2005. Une juridiction hors-norme », *Jus Politicum*, n° 9, 2013, en part. la conclusion p. 55 [<http://juspoliticum.com/article/La-Cour-supreme-au-Royaume-Uni-apres-le-Constitutional-Reform-Act-2005-une-juridiction-hors-norme-641.html>]).

¹⁷ V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, Oxford, Hart, 2009, trad. du chap. 9 « Vers une constitution écrite » par A. GUIGUE et V. SAURON, *Jus Politicum*, 2017, n° 17 [<http://juspoliticum.com/article/La-nouvelle-constitution-britannique-Vers-une-constitution-ecrite-1144.html>] ; R. GORDON, *Repairing British Politics. A Blueprint for Constitutional Change*, Oxford, Hart, 2010.

¹⁸ Voir les analyses très complètes de Meg Russell à ce sujet (et spécialement *Legislation at Westminster: Parliamentary Actors and Influence in the Making of British Law*, Oxford, OUP, 2017).

¹⁹ « [...] it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament. » (*Scotland Act* 2016, amendant la section 28 du *Scotland Act* de 1998).

²⁰ Voir, sur ce point, le jugement Miller de la Cour suprême du 24 janvier 2017 (*R (Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 ; Lord Neuberger, § 136 *sqq.*).

Enfin, le tropisme théorique de Thibault Guilluy se révèle par un péché plus véniel et formel. L'ouvrage se contente d'un *index nominum*. Il aurait pourtant gagné en accessibilité par l'introduction d'un *index rerum* ou *verborum*. Ces défauts demeurent accessoires au regard de la richesse considérable de la thèse qui réside en premier lieu dans la compréhension de la souveraineté du Parlement et des conventions de la Constitution.

II. UN GUIDE INDISPENSABLE À LA COMPRÉHENSION DE LA SOUVERAINETÉ DU PARLEMENT ET DES CONVENTIONS DE LA CONSTITUTION

Olivier Beaud, citant une appréciation de Denis Baranger prononcée lors de la soutenance de thèse, souligne que l'étude apparaît comme « la meilleure source en langue française sur la souveraineté du Parlement²¹. » Nous ajoutons avec le préfacier : et des conventions de la Constitution.

Les quelque 120 pages consacrées à la souveraineté du Parlement dénotent le souci constant de Thibault Guilluy d'accompagner le lecteur dans les méandres de l'histoire constitutionnelle et des idées britanniques pour en défaire les nœuds gordiens. La première étape de sa démarche consiste à revenir sur le « moment Dicey²² ». Par un savant jeu de construction et de déconstruction, Thibault Guilluy met un point d'honneur à gravir cette montagne doctrinale qui occupe toujours le premier plan du paysage constitutionnel britannique. Le principe de la souveraineté du Parlement de Westminster doit néanmoins être lu avec moins d'absolutisme. Il faut se garder de l'assimiler à la souveraineté telle qu'elle a été conceptualisée par les juristes continentaux. L'approfondissement de la vision diceyenne par Wade et l'apport de Hart par la règle de reconnaissance²³ ont façonné une séparation artificielle entre le droit et le politique que les « doctrines rivales » atténuent. Salmond déconstruit « le dogme hobbesien puis austinien d'une souveraineté par définition absolue²⁴ ». Jennings pourfend le prisme réducteur de Dicey et de ses héritiers en insistant sur les « conditions formelles et procédurales qui s'imposent » au Parlement « dans l'exercice de son omnicompetence législative²⁵ ». Les contentieux et les arrangements politiques qui ont pu naître entre les Dominions et la métropole valident cette relativisation²⁶, tout comme ceux qui ont émergé avec l'adhésion aux Communautés européennes²⁷ ou avec la dévolution depuis le début des années 2000²⁸. Au terme de ce premier quart de la thèse, Thibault Guilluy retient une hypothèse. À l'instar de Jennings et plus tard de la Commission d'examen

²¹ DSGDD, p. 10.

²² N. GABAYET, « Une page de l'histoire de la pensée du droit administratif : le “moment Dicey” », *Jus Politicum*, n° 21, 2018 [<http://juspoliticum.com/article/Une-page-de-l-histoire-de-la-pensee-du-droit-administratif-le-moment-Dicey-1232.html>].

²³ DSGDD, p. 76.

²⁴ *Ibid.*, p. 88.

²⁵ *Ibid.*, p. 89.

²⁶ *Ibid.*, p. 90 *sqq.*

²⁷ *Factortame Ltd (n° 2)* [1991] 1 AC 603.

²⁸ *AXA General Insurance Ltd. v. The Lord Advocate* [2011] UKSC 46.

du droit de l'Union européenne de la Chambre des Communes en 2011²⁹, « la pertinence sémantique du recours au concept de souveraineté » est en cause. Le mot de suprématie convient sans doute mieux pour refléter la réalité juridique et politique du pouvoir du Parlement de Westminster³⁰ au regard du rôle que joue le juge. Nous adhérons totalement au résultat auquel parvient l'auteur, mais la référence à un autre principe cardinal de la Constitution britannique manque pour le soutenir : celui du *rule of law*³¹.

En revanche, le titre second de la première partie accorde la place que doivent mériter les conventions de la Constitution dans tout examen sérieux du constitutionnalisme britannique. Érigées en « règle d'interprétation³² » du droit constitutionnel à rebours de la séparation stricte de Dicey entre règles juridiques et politiques, les conventions de la Constitution sont loin d'être ignorées par le juge comme les exemples jurisprudentiels tirés de la période le prouvent³³.

Évitant l'écueil d'une définition statique puis une énumération exhaustive des conventions, Thibault Guilluy s'attarde sur leur rôle déterminant dans « l'ingénierie constitutionnelle³⁴ ». Elles participent à la construction d'un « droit constitutionnel original et malléable, non en fonction de la volonté des gouvernements et de leur propension à respecter les conventions, mais en fonction des circonstances³⁵ ». Ces dernières peuvent justifier d'agir *contra legem*, de faire évoluer les conventions elles-mêmes, voire d'en susciter de nouvelles. L'expérience impériale en donne de nombreuses illustrations.

III. LE RECOURS À L'HISTOIRE JURIDIQUE IMPÉRIALE POUR DÉMONTRER LA NATURE BRITANNIQUE DE LA CONSTITUTION

Bien que la seconde partie soit d'un volume bien inférieur à la précédente, son apport est inédit. La thèse est, à ce titre, fondamentale, y compris pour les bons connaisseurs de la Constitution britannique. Il est vrai que les juristes, et plus particulièrement les constitutionnalistes contemporains, n'abordent que rarement la question coloniale et, lorsqu'ils le font, ils se limitent à une présentation historique assez statique³⁶. Il est bien difficile de trouver dans les manuels une quelconque

²⁹ L'auteur aurait pu citer ce rapport d'une très grande richesse (*The EU Bill and Parliamentary Sovereignty*, 10th report, Session 2010-11, HC 633-I and II).

³⁰ p. 159. Voir les jurisprudences désormais classiques : *Thoburn* [2003] QB 151 ; *R (Jackson) v. Attorney General* [2005] UKHL 56 ; *R (on the application of HS2 Action Alliance Ltd)* [2014] UKSC 3. Cette évolution qui a amendé la règle de reconnaissance ne doit pas tromper : il ne s'agit pas d'une révolution.

³¹ Il est mentionné seulement à trois reprises dans le corps du texte, et à titre incident (p. 51, 58, et 261).

³² DSGDD, p. 170.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, p. 212.

³⁵ *Ibid.*, p. 196.

³⁶ Nous excluons les internationalistes de cette remarque. Notons, au surplus, la thèse récente de Z. BRÉMOND, *Le territoire autochtone dans l'État postcolonial. Étude comparée des États issus des colonisations britanniques et hispaniques*, Thèse Montpellier 1, sous la direction de J. ARLETTAZ, 2018.

réflexion sur l'influence de l'organisation constitutionnelle des empires français ou britannique sur la forme de l'État ou les approches actuelles de la Constitution.

Le titre de l'œuvre de Thibault Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution*, aurait pu suggérer une étude des principes cardinaux de la Constitution britannique par le seul prisme impérial puis fédéral, ce qui l'aurait rendue encore plus originale. Or de longs passages de la première partie se concentrent quasi exclusivement sur des débats doctrinaux connus par les spécialistes du droit constitutionnel d'outre-Manche. Nous perdons ici de vue les aspects plus concrets liés à la problématique impériale³⁷. N'aurait-il pas été pertinent d'allier avec plus de constance l'étude des idées et les enseignements tirés des relations entre la métropole et les colonies (puis entre Londres, Édimbourg, Belfast et Cardiff) ? Par exemple, la résolution du contentieux politico-juridique sur le *Stamp Act* de 1765 aboutissant à « la maturation d'un Parlement souverain aussi bien en Angleterre que dans l'ensemble de l'Empire³⁸ », d'une part, et à « l'émergence spontanée d'usages, pratiques et coutumes [...] qui relèveront au XIX^e siècle de la "moralité positive" d'Austin puis des "conventions de la Constitution" de Dicey », d'autre part, n'aurait-elle pas dû être immédiatement convoquée lors de l'analyse de la souveraineté du Parlement puis des conventions ? Plus largement, l'apparition du « fédéralisme conventionnel³⁹ » ne peut-elle pas être directement exploitée afin d'expliquer le particularisme des conventions de la Constitution ? Enfin, la démarche historique adoptée n'aurait-elle pas pu être mise en rapport avec les tentatives de description de l'originalité de la Constitution britannique contemporaine (nous pensons aux travaux de N. Bamforth et P. Leyland, seulement signalés dans la bibliographie⁴⁰) ?

La structuration retenue, assez élégante (« L'unité affirmée » ; » La diversité révélée⁴¹ »), aurait emporté une totale adhésion si la seconde partie n'était pas aussi brève⁴². À plusieurs reprises, l'auteur aborde des thématiques avec sagacité, mais avec trop de célérité. Ainsi en est-il des liens entre impérialisme et despotisme qui perturbent la lecture libérale de la Constitution britannique⁴³. Pourtant, la littérature britannique est riche sur cette tension historique qui transparaît clairement dans certaines pages de l'ouvrage de David Armitage, *The Ideological Origins of the British Empire*⁴⁴.

³⁷ En particulier entre les p. 131-177 et les p. 214-273.

³⁸ DSGDD, p. 336.

³⁹ *Op. cit.*, p. 404.

⁴⁰ *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart, 2003.

⁴¹ L'unité résultant d'une lecture stricte de la souveraineté du Parlement qui doit être pondérée par la place essentielle des conventions de la Constitution ; la diversité s'articulant autour des arrangements de droit politique que la question impériale illustre.

⁴² L'énergie qui innerve la thèse semble se perdre un peu au terme de la seconde partie. La conclusion de l'ultime titre est ainsi absente... L'auteur reconnaît d'ailleurs lui-même le caractère parfois un peu bref de ses présentations (p. 314).

⁴³ DSGDD, p. 369 *sqq.*

⁴⁴ D. ARMITAGE, *The Ideological Origins of the British Empire*, Cambridge, CUP, 2000. L'évocation de cet *opus* selon nous incontournable nous amène à souligner que Thibault Guilluy évoque

En outre, lorsque Thibault Guilluy expose les motifs des différents degrés d'autonomie reconnus aux colonies à partir du Statut de Westminster de 1931, il s'intéresse assez brièvement à la distinction entre celles qui sont de peuplement européen (les futurs Dominions) et les autres, où les populations et les structures sociales ont été en partie maintenues (comme en Inde). Alors que la première partie consacrait de longs passages à la dimension sociologique et historique des conventions de la Constitution, la présentation de l'Empire dans la seconde partie aurait sans doute mérité une attention équivalente⁴⁵.

Dans le même esprit, mais sur un autre aspect de la démonstration, la conclusion selon laquelle « le constitutionnalisme anglais se distingue [...] du constitutionnalisme américain et continental en ce qu'il ne repose pas sur l'existence de mécanismes juridiques permettant d'assurer la suprématie de la constitution dans l'ordre juridique interne », mais « sur la vigilance de l'opinion publique, qui est le véritable gardien de la Constitution et des libertés anglaises⁴⁶ », est bien amenée et fort bien mise en perspective avec des jugements récents⁴⁷. Elle aurait gagné à être opposée aux comparatistes qui soutiennent la convergence des systèmes constitutionnels vers un modèle similaire (en embrassant souvent trop de systèmes juridiques différents, quitte à mal étreindre leurs traditions juridiques).

Ces menues critiques ne doivent pas occulter une argumentation dont nous souhaitons ici reprendre les principaux fruits tant ils ont vocation à alimenter un nouveau champ d'études pour les spécialistes du droit constitutionnel britannique. En premier lieu, la distinction entre *gubernaculum* et *jurisdictio*⁴⁸ qui jette les fondements de la limitation de la puissance royale est redécouverte à partir de l'ouvrage de Ch. McIlwain : *Constitutionalism: Ancient and Modern*⁴⁹. Elle est parfaitement exploitée afin d'explicitier les « conceptions concurrentes du pouvoir » à l'origine des disparités des statuts juridiques dans l'Empire, mais aussi pour donner une clef de lecture aux forces contradictoires qui animent la Constitution britannique.

En deuxième lieu, la thèse persuade d'une forme de persistance de la culture juridique impériale (elle-même tributaire d'un « constitutionnalisme médiéval » selon l'expression de McIlwain) à travers la dévolution d'aujourd'hui, ce qui permet à Thibault Guilluy d'affirmer avec conviction l'existence d'un fédéralisme britannique de son propre genre. À cet égard, l'agilité avec laquelle sont liés les écrits sur

peut-être trop rapidement la littérature historique britannique relative à l'Empire (principalement et presque exclusivement mobilisée dans les notes de bas de page des p. 15-20 et des p. 350-354).

⁴⁵ Voir aussi la prise en compte assez rapide des considérations économiques dans l'évolution du régime juridique des colonies (en part. p. 300 *sqq.* consacrées au premier Empire des Treize colonies, et en part. les p. 318-319 sur la relativisation d'un système commercial construit pour le seul bénéfice de la métropole).

⁴⁶ DSGDD, p. 417.

⁴⁷ Notamment le jugement Jackson préc.

⁴⁸ Pour reprendre les explications de l'auteur, ce sont « deux sphères distinctes de l'autorité royale » dans les écrits de Bracton. « Dans le cadre du *gubernaculum*, le roi agit dans sa pleine souveraineté [...] alors que dans le cadre de sa "jurisdiction", le roi agit conformément au droit et en vertu du droit [...] » (p. 360).

⁴⁹ Ch. McILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New-York, Cornell University Press, 1940, réimp. 1975, Liberty fund, p. 72.

l'Empire et les développements actuels sur la dévolution, démarche que Thibault Guilluy qualifie de « quelque peu anachronique⁵⁰ », prouve qu'il a su s'acclimater parfaitement à la façon dont les Britanniques abordent la science juridique.

En dernier lieu, Thibault Guilluy s'autorise des insertions bienvenues dans les traditions constitutionnelles des colonies afin de soutenir que le fédéralisme ne se décrète pas forcément à partir des textes, mais d'abord par « une pratique du gouvernement⁵¹ » qui porte l'avènement d'un « modèle atypique du fédéralisme fondé sur une forme politique du constitutionnalisme » qui peut être appliqué pertinemment à la Constitution britannique et impériale⁵². Ce genre d'argument ne peut être défendu que si l'on dispose d'une connaissance étendue des mœurs politiques et juridiques britanniques doublée de la nécessaire appropriation d'une culture qui ne saurait être acquise par la seule lecture d'écrits juridiques. Ainsi, les passages consacrés à la construction de l'Empire permettent de saisir les motifs de la persistance des relations entre le Royaume-Uni et ses anciennes colonies grâce au *Commonwealth of Nations*. Progressivement, s'est affirmée une forme de liberté politique « qui explique les manifestations, par les Dominions, de leur loyauté et de leur attachement à l'Empire et leur désir, de rester unis par des liens, mêmes symboliques, à l'ancienne métropole⁵³. » Cette conclusion n'était possible qu'en épousant une perspective proprement britannique justifiant de dépasser les cadres juridiques stricts qui découlent des logiques classiques de pouvoir, d'autorité et de souveraineté étatique.

Nous souscrivons en conséquence pleinement à ces quelques lignes qui closent la seconde partie : « la Constitution britannique s'apparente aujourd'hui davantage à un pacte constitutionnel, fédératif et en partie non écrit » – qui n'est pas sans rappeler la notion de *trust* selon nous – « produit d'une volonté commune d'union de la part des parties à ce pacte, c'est-à-dire de la part des gouvernements et des populations concernées [...]. Il paraît dès lors maladroit de décrire ces rapports politiques [...] en termes étatiques impliquant une subordination commune à un pouvoir central souverain⁵⁴ ». Cette leçon doit être retenue, tant pour appréhender le passé que pour envisager les événements présents.

ÉPILOGUE : UNE GRILLE DE LECTURE PERTINENTE DES ÉVÉNEMENTS CONSTITUTIONNELS RÉCENTS

Trop fréquemment, les chercheurs en droit considèrent que la contextualisation historique se limite à un passage obligé de l'entrée en matière. La thèse de Thibault Guilluy démontre que l'effort de mise en perspective historique (et, au-delà, philosophique et culturelle) est un vecteur essentiel de la compréhension du droit positif et des systèmes politiques contemporains. C'est encore plus vrai en droit

⁵⁰ DSGDD, p. 391.

⁵¹ K.C. WHEARE, *Federal Government*, 3^e éd., Oxford, OUP, 1953, p. 21. Cité p. 404.

⁵² p. 407-408. Cette non-typicité implique de relativiser le concept d'Empire qui, dans le contexte britannique, ne connaît pas une définition mais plusieurs (voir les éléments de l'introduction p. 32 *sqq.* et le début de la seconde partie).

⁵³ DSGDD, p. 421.

⁵⁴ DSGDD, p. 422.

constitutionnel britannique. La recherche dont il est rendu compte est de haut niveau, car elle permet de lire avec (presque) limpidité la crise majeure que traverse le Royaume-Uni depuis quelques années en raison du *Brexit*. Les débats apparemment sans fin à la Chambre des Communes témoignent d'arrangements constitutionnels qui ne peuvent être décrits uniquement « en termes étatiques » ou de « subordination » d'une nation à une autre ou d'un pouvoir à un autre. À cette occasion, les obstacles dressés par l'Exécutif pour contrer les initiatives des *Members of Parliament* ont été contournés, parfois contre la lettre de plusieurs normes de droit strict⁵⁵, mais toujours dans le respect de la rationalité constitutionnelle britannique largement fondée sur la recherche de l'équilibre des pouvoirs⁵⁶. Les rituels et les règles multiséculaires ressuscitées par le *Speaker* John Bercow ont emporté la curiosité surprise des observateurs et des juristes continentaux. Les réflexions de Thibault Guilluy sur les conventions de la Constitution (la convention Sewel particulièrement⁵⁷) et l'évolution constitutionnelle de l'Empire confirment que la réaction de ce côté-ci de la Manche face aux discussions parlementaires sur le *Brexit* est celle de philistins. Il en va des crises de l'Empire comme de l'appartenance du Royaume-Uni à l'Union européenne. Elles s'appuient sur l'état d'une opinion publique qui interroge l'adaptabilité d'un pacte constitutionnel (dans lequel le recours au référendum n'est pas le moindre des bouleversements), mais aussi de la « loyauté » et « du désir de rester unis par des liens », tant à l'intérieur même du Royaume-Uni qu'avec cette superstructure proto étatique qu'est l'Union européenne.

L'une des qualités intrinsèques à toute recherche doctorale d'excellence réside en la capacité de cette dernière à rendre durablement intelligible des phénomènes complexes. Le travail de Thibault Guilluy ne sera sans doute pas rapidement marqué par le temps tant il donne accès à la connaissance d'un passé capital indispensable à l'appréhension d'enjeux contemporains et à venir.

Aurélien Antoine

Professeur de Droit public, Université Jean-Monnet de Saint-Étienne/Université de Lyon, CERCRIID UMR 5137.

⁵⁵ Notamment le *EU (Withdrawal) Act* de 2018. Voir notre article « Le Brexit, révélateur de l'alchimie entre Constitution politique et Constitution juridique au Royaume-Uni », Titre VII, n° 2, mars 2019 [https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-brexit-reveleveur-de-l-alchimie-entre-constitution-politique-et-constitution-juridique-au-royaume]

⁵⁶ Voir dans la thèse la présentation qui est faite de la transformation du cadre formel des questions au Gouvernement pour apprécier cette logique (p. 241 *sqq.*).

⁵⁷ *DSGDD*, p. 190 *sqq.*

S. Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle**

Mettre en tension deux notions fondamentales de la pensée constitutionnelle contemporaine, voilà le pari tenté par l'ouvrage *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, dirigé par Stéphane Mouton aux éditions LGDJ et paru en 2016. Il s'agit de la publication des actes d'un colloque tenu sur ce thème en 2014 à l'université de Toulouse 1 Capitole et organisé par l'Institut Maurice Hauriou. En un peu plus de trois cents pages réunissant dix-neuf contributeurs¹, la ligne générale de l'ouvrage se propose, ainsi que l'écrit Michel Troper dans l'avant-propos,

de vérifier non pas si la justice constitutionnelle est compatible avec le régime représentatif, [...] mais si et comment l'existence d'une justice constitutionnelle détermine notre conception du régime représentatif et plus généralement de la représentation².

Il s'agit au fond d'une réflexion renouvelée sur les caractères du régime représentatif contemporain, et ce programme fait l'objet de trois thématiques, formant les trois parties du livre. Un avant-propos précède l'ensemble, où l'on retrouve, outre le texte de Michel Troper déjà cité³, une « présentation de la problématique générale de l'ouvrage » par Stéphane Mouton⁴, qui fait office d'introduction en résumant les « trois idées force⁵ » ayant présidées au colloque. La première d'entre elles est que « la justice constitutionnelle modifierait le régime représentatif dans ses fondations », en ce qu'elle « recréerait une distinction entre les gouvernants et les gouvernés au sein de la représentation démocratique ». Cette idée constitue la matrice de la première partie de l'ouvrage, justement intitulée « De la confusion à

* Stéphane MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ, 2016.

¹ Les professeurs Julie Benetti, Grégoire Bigot, Xavier Bioy, François Chénéde, Jean-Marie Denquin, Éric Desmons, Jean-Pierre Dubois, Pierre Egéa, Jacky Hummel, Olivier Jouanjan, Armel Le Divellec, Xavier Magnon, Wanda Mastor, Pasquale Pasquino, François Saint-Bonnet, Michel Troper, Alexandre Viala, Ariane Vidal-Naquet.

² M. TROPER, « Ceci est bien une pipe », p. 1.

³ *Ibid.*, p. 1-5.

⁴ S. MOUTON, « Présentation de la problématique générale de l'ouvrage », p. 7-30.

⁵ *Ibid.*, p. 15.

la distinction des gouvernants et des gouvernés dans la représentation⁶ », et regroupe les interventions d'Olivier Jouanjan, Éric Desmons, Wanda Mastor, Jean-Pierre Dubois et Jean-Marie Denquin. La deuxième partie du livre, « De la balance des pouvoirs à la suprématie de la Constitution⁷ », reprend quant à elle la deuxième grande idée du colloque, qui est l'hypothèse selon laquelle « la justice constitutionnelle moderniserait le régime représentatif dans son organisation » dans la mesure où elle « valoriserait, dans la mise en œuvre de la séparation des pouvoirs, le principe de la suprématie constitutionnelle sur celui de la balance des pouvoirs⁸ ». Elle réunit les contributions de Jacky Hummel, Pasquale Pasquino, Julie Benetti, Armel Le Divellec, Xavier Bioy et Ariane Vidal-Naquet. Une troisième partie enfin clôt l'ensemble⁹ en cherchant à vérifier l'hypothèse selon laquelle « la justice constitutionnelle transformerait le régime représentatif dans ses finalités », puisqu'elle « inviterait à mettre la puissance publique au service des droits et non les droits au soutien de la puissance¹⁰ ». Elle rassemble les contributions d'Alexandre Viala, Grégoire Bigot, Xavier Magnon, Pierre Egéa et François Chénédé. L'ouvrage se termine par une intervention de François Saint-Bonnet, qui livre un « rapport de synthèse » du colloque.

Abordons donc la première hypothèse éprouvée par l'ouvrage : la justice constitutionnelle affecterait le régime représentatif dans ses *fondations*, en ce qu'elle recréerait une sorte de *distinction* entre gouvernants et gouvernés au sein de la représentation démocratique. Pour évaluer cette novation potentielle des fondements du système représentatif, les auteurs s'interrogent respectivement sur la *nature des concepts* à l'œuvre, la *nature de leur liens*, ainsi que sur le *statut particulier* que revêt le « procès constitutionnel », notamment au travers de l'avènement de la « question prioritaire de constitutionnalité ».

NATURE DES CONCEPTS

C'est Olivier Jouanjan¹¹ qui ouvre cette discussion en se proposant, dans une perspective historique et comparée entre la France et l'Allemagne, de traiter le rapport de la justice constitutionnelle à la représentation en repartant de la question de la *nature* de ces deux concepts fondamentaux. Au travers d'un parcours qui convoque quelques-uns des auteurs essentiels du constitutionnalisme moderne, il rappelle d'abord que la France est un objet d'étude limité, puisque le mouvement qui va du refus du jury constitutionnaire imaginé par Sieyès (sous la Révolution, la « fonction juridictionnelle est exclusive de tout caractère de représentation¹² ») au légicentrisme du XIX^e siècle « tend à rétrécir notre vision du problème des rapports

⁶ « Première partie. De la confusion à la distinction des gouvernants et des gouvernés dans la représentation », p. 31-98.

⁷ « Deuxième partie. De la balance des pouvoirs à la suprématie de la Constitution », p. 99-226.

⁸ S. MOUTON, art. cité, p. 20.

⁹ « Troisième partie. De la légitimation de la puissance à la garantie des droits », p. 227-301.

¹⁰ S. MOUTON, art. cité, p. 24.

¹¹ O. JOUANJAN, « Constitutionnalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation », p. 33-51.

¹² p. 35.

entre justice et représentation¹³ ». Il montre surtout comment la doctrine de tradition « germanique » a mieux affronté ce problème, et rappelle les apports essentiels du Hans Kelsen de la *Démocratie*¹⁴ sur le sujet qui, *a contrario* de l'opposition radicale que formule Carl Schmitt entre démocratie et représentation, propose « un modèle de justice constitutionnelle » s'appuyant sur « des considérations de théorie politique », où cette justice n'est plus « conçue comme une sorte de *limite extérieure* au système de la démocratie représentative, mais comme une institution qui, *bien construite*, [peut et doit] tenir sa place *au sein même* du régime représentatif et démocratique¹⁵ ». Il en conclut naturellement à l'importance, dans ces débats, de la question de l'*articulation institutionnelle* des exigences de justice et de démocratie représentative, afin « d'échapper à l'alternative entre la juridictionnalisation excessive du politique et la politisation partisane de la justice¹⁶ ».

NATURE DE LEUR LIENS

De son côté, plus qu'à une enquête sur la *nature des concepts* de justice constitutionnelle et de gouvernement représentatif, Éric Desmons¹⁷ se livre à une réflexion sur la *nature du lien* susceptible de se nouer entre ces concepts. Il cherche à identifier en quoi cette association réalise selon lui une forme « sophistique » du « bon régime », dans la mesure où elle autorise ce qu'il appelle « la conjonction de la légitimité d'origine et de la légitimité d'exercice du pouvoir¹⁸ », soit la conjonction de la légitimité propre à l'élection, et celle relevant de la valorisation du droit, particulièrement des droits de l'homme. Après un bref retour sur la notion de « bon régime », le texte souligne les difficultés classiques à s'en remettre au « bon juge » comme garant de ce « bon régime » : qui décide en effet, se demande l'auteur, « de la compétence, des contours de l'habilitation de l'interprète authentique qu'est le juge constitutionnel, si ce n'est lui-même¹⁹ » ? Le même argument est cependant retourné par Wanda Mastor²⁰, qui milite pour sa part pour un véritable « gouvernement des juges ». Elle défend cette position peu commune en trois étapes argumentatives et une conclusion, qui sont un plaidoyer en faveur de l'*élection* des juges : d'abord, qu'on le regrette ou non, affirme-t-elle, ce gouvernement *existe*, et le juge « bouche de la loi » est une vue de l'esprit dans la mesure où celui-ci « possède un réel pouvoir créateur²¹ » ; ensuite, les « contraintes » auxquelles sont soumis les juges sont, à la suivre, essentiellement des contraintes « plus morales que

¹³ p. 43.

¹⁴ H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2004.

¹⁵ p. 49.

¹⁶ p. 51.

¹⁷ E. DESMONS, « Justice constitutionnelle, gouvernement représentatif et "bon régime" ? », p. 53-61.

¹⁸ p. 55.

¹⁹ p. 60.

²⁰ W. MASTOR, « Plaidoyer pour le gouvernement des juges », p. 63-74.

²¹ p. 66.

juridiques », et le juge, d'ailleurs, « s'auto-contraint » plus qu'on ne le croit²² ; reprenant enfin une affirmation d'Otto Pfersmann selon laquelle le juge « ne sont pas élus mais nommés et n'ont donc pas de légitimité démocratique²³ », Wanda Mastor en conclut qu'il suffirait d'*élire* ceux-ci pour enfin associer la fonction de *jurer* à celle de *gouverner*. Une conclusion prospective clôt l'ensemble, où est affirmé qu'une telle évolution permettrait de substituer à la séparation « organique » des pouvoirs une « circulation des pouvoirs », « circulation des pouvoirs » dont l'auteur ne prend toutefois pas le temps d'explicitement la traduction institutionnelle.

STATUT DU PROCÈS CONSTITUTIONNEL

C'est une tout autre perspective qu'emprunte Jean-Pierre Dubois²⁴, en formulant pour sa part l'hypothèse d'une « citoyenneté constitutionnelle dans le procès constitutionnel²⁵ ». La question qu'il pose est la suivante : « comment voir dans un requérant la figure de la citoyenneté ? Comment imaginer le citoyen, non plus dans l'isolement [...], mais au greffe d'un tribunal²⁶ » ? Sans doute en retenant un objet d'étude comme la « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC). L'auteur remarque que si celle-ci fait du requérant d'abord un *justiciable*, sa capacité à « actualise[r] des droits de l'homme à défaut sans force » permettrait de réaliser une « citoyenneté des Modernes, ancrée dans l'individualisme libéral²⁷ ». Elle autoriserait également une « politisation de l'individuation » dans la mesure où son usage entraînerait ce qu'il nomme une « dynamique d'induction civique²⁸ ». Elle se révélerait par ailleurs le « vecteur de nouvelles intermédiations²⁹ » au travers de l'intérêt de nature collectif porté par le contentieux d'associations issues de la « société civile³⁰ ». Cette démarche là encore prospective s'achève sur une conclusion nuancée qui, consciente de ce que « le droit ne peut pas tout », parie tout de même sur la capacité de la QPC à renforcer « l'effectivité des libertés constitutionnelles³¹ ». Jean-Marie Denquin³² aborde quant à lui la question du procès constitutionnel sous un angle plus polémique, et se demande s'il ne conduit pas parfois à une interprétation discutable des textes constitutionnels. L'objet retenu est l'article 6 de la Déclaration de 1789. Se livrant à une étude généalogique de ses dispositions, l'auteur commence par rappeler que c'est « par l'effet d'une illusion d'optique que l'on voit

²² p. 70.

²³ p. 71.

²⁴ J.-P. DUBOIS, « L'émergence d'une nouvelle citoyenneté constitutionnelle dans le procès constitutionnel ? », p. 75-87.

²⁵ p. 76.

²⁶ p. 77.

²⁷ p. 78.

²⁸ p. 80.

²⁹ p. 82.

³⁰ p. 82-84.

³¹ p. 87.

³² J.-M. DENQUIN, « Les transformations de l'expression de la volonté générale engendrées par le procès constitutionnel : une nouvelle lecture de l'article 6 ? », p. 89-98.

dans la formule de 1789 une allégeance [...] à Rousseau », puisque celui-ci *n'invente pas mais reprend* simplement le terme de « volonté générale³³ ». La formule en question – « la loi est l'expression de la volonté générale » – est donc analysée au regard du sens à donner à cette définition : s'agit-il d'une définition « descriptive » (un « *truth-bearer* ») ou « constructive » (un « *truth-maker* »)³⁴ ? La première interprétation laisse ouverte la possibilité d'une phrase fausse : la loi peut ne pas être *réellement* l'expression de la volonté *générale*, mais elle peut seulement être l'expression d'une volonté *collective* ; la seconde interprétation rend impossible un tel cas de figure, puisqu'ici la loi *créerait* la volonté générale. L'auteur souligne ainsi la différence fondamentale qui distingue les deux :

l'unicité de la volonté générale lui est consubstantielle car elle reflète l'unité de la raison sur laquelle convergent et s'accordent idéalement les volontés des citoyens. L'unité de la volonté collective est au contraire forgée grâce à un mécanisme juridique artificiel contingent³⁵.

La représentation politique exprimerait ainsi simplement une volonté *collective* et non la substance de la volonté *générale*. De même pour les juges constitutionnels, qui ne sauraient, même gratifiés de la dignité de « représentants », délivrer autre chose, dans les faits, que leur « volonté particulière³⁶ ».

Une deuxième hypothèse est ensuite examinée : la justice constitutionnelle affecterait le régime représentatif dans son *organisation*, en ce qu'elle substituerait à la traditionnelle « balance des pouvoirs » une suprématie de la constitution. Il est possible de distinguer trois types d'interventions : celles qui questionnent les *potentielles fonctions politiques du juge constitutionnel*, celles qui rappellent les *fonctions systémiques des organes constitutionnels*, celles qui postulent l'éventuelle *fonction du peuple* au sein de la justice constitutionnelle.

FONCTIONS POLITIQUES DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Jacky Hummel³⁷ s'interroge ainsi, en reprenant une formule de Montesquieu³⁸, « sur le rôle institutionnel de la délicatesse » du juge constitutionnel³⁹. Celui-ci n'est pas cet acteur que l'on voudrait soumis à une forme de « naïveté politique⁴⁰ », mais l'une des manifestations institutionnelles contemporaines de « l'impossible cloisonnement du droit et de la politique⁴¹ ». La grande spécificité *politique* du juge

³³ p. 90.

³⁴ p. 94.

³⁵ p. 96.

³⁶ p. 98.

³⁷ J. HUMMEL, « Portrait du juge constitutionnel en acteur politique. Sur le rôle institutionnel de la « délicatesse » », p. 101-120.

³⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre VI, Chapitre premier, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 199, cité par l'auteur.

³⁹ p. 101-103.

⁴⁰ p. 103.

⁴¹ p. 107.

serait ainsi d'introduire grâce à sa mission une certaine « tempérance du pouvoir⁴² », qui passerait par « la seule “délicatesse” de l'argumentation juridique⁴³ ». L'auteur plaide en conséquence pour une meilleure « visibilité institutionnelle » de cette spécificité, c'est-à-dire par une meilleure prise en considération « des apports [du] raisonnement (juridique) [du juge] au débat politique⁴⁴ ». La justice constitutionnelle serait ainsi « non pas l'autre de la politique, mais l'une de ses formes possibles⁴⁵ ». Pasquale Pasquino⁴⁶ propose de son côté une réflexion sur le sens de la formule « suprématie de la Constitution », et cherche à questionner les réflexes associés à ce qu'il qualifie de « métaphore⁴⁷ ». Cette suprématie n'est à ses yeux, d'abord, « que la doctrine moderne de la rigidité constitutionnelle⁴⁸ ». Il tire de cette affirmation une critique des « impasses de la théorie pure du droit et du prétendu “réalisme” juridique⁴⁹ », et défend la thèse de cours constitutionnelles dont la nature serait plus proche de celle de « colégislateurs » que de celle « d'organes de contrôle⁵⁰ ». Les cours constitutionnelles seraient en effet une pièce essentielle de ce qu'il nomme « le pouvoir partagé, qui distribue la fonction de dire le droit », cette « forme contemporaine de l'exercice de l'autorité politique⁵¹ ». Julie Benetti⁵² livre quant à elle une étude sur la fonction « d'arbitre⁵³ » que pourrait éventuellement endosser le juge constitutionnel, au-delà de la lettre de la Constitution qui attribue ce rôle, comme on le sait, au président de la République. Elle admet ainsi l'existence, aux côtés « d'un arbitre politique de plein exercice » – tel qu'il était tout du moins prévu en 1958 –, d'un « garant juridique d'attribution », le Conseil constitutionnel⁵⁴. Elle montre également comment la pratique a réglé, d'une façon parfois irénique, les possibles conflits pouvant émerger entre ces deux institutions arbitrales, ainsi de l'avis favorable du Conseil à l'application de l'article 16 en 1961, ou de l'instrumentalisation stratégique de la Constitution, « rien que la Constitution, toute la Constitution » par François Mitterrand en 1986⁵⁵.

⁴² p. 112.

⁴³ p. 120.

⁴⁴ p. 120.

⁴⁵ p. 120.

⁴⁶ P. PASQUINO, « Méprise et illusions d'une métaphore. Que faut-il entendre par suprématie de la Constitution ? », p. 121-135.

⁴⁷ p. 121.

⁴⁸ p. 127.

⁴⁹ p. 127-130.

⁵⁰ p. 135.

⁵¹ p. 135.

⁵² J. BENETTI, « Existe-t-il deux gardiens de la Constitution ? Les fonctions d'arbitre du président de la République et du juge constitutionnel », p. 137-149.

⁵³ p. 137.

⁵⁴ p. 142-145.

⁵⁵ p. 147-149.

FONCTIONS SYSTÉMIQUES DES ORGANES

Armel Le Divellec⁵⁶ s'attache pour sa part à analyser l'influence de la « régulation juridictionnelle » sur les rapports entre « les parlements et le pouvoir exécutif⁵⁷ » et cherche au fond à éprouver l'idée même d'un basculement d'un système de « balance des pouvoirs » vers une « suprématie » – sous-entendue « formelle » – de la Constitution⁵⁸. S'il admet dans une longue première partie « l'emprise croissante du juge » sur la délimitation des « normes ponctuelles de droit positif » visant à encadrer les relations entre organes parlementaires et exécutifs, dont l'un des points de départ peut être trouvé dans les techniques de « rationalisation » des procédures⁵⁹, il conteste en revanche la possibilité même d'une emprise *intégrale* du juge, dans la mesure où celle-ci ne saurait affecter « cette partie de l'ordre constitutionnel qu'est un système de gouvernement⁶⁰ ». Reprenant une thèse de Bolingbroke⁶¹, il affirme que

fondamentalement, les ordres constitutionnels sont [...] restés, comme naguère, avant tout des systèmes d'organes, d'institutions, dont l'action combinée, parfois dans le consensus, parfois dans le conflit, reste essentiellement déterminante, parfois malgré le juge (ou sans lui)[.]

C'est au fond à la même idée d'une impossibilité de surgissement du juge en tant que réel « pouvoir constitutionnel » que se range Xavier Bioy⁶². Il se propose d'accorder à la « faculté d'empêcher juridictionnelle » le statut de « troisième fonction constitutionnelle⁶³. Ce statut s'entend toutefois en un sens très précis, puisque l'auteur montre que si cette fonction de juger a connu des « avancées⁶⁴ » identifiables tant du point de vue « organique » (la QPC notamment)⁶⁵ que du fait de « l'impact du standard du procès équitable⁶⁶ », il serait cependant excessif de la qualifier de « pouvoir », et d'en tirer la conclusion d'un « renouvellement de [cette] séparation ». Xavier Bioy défend que la réalité du droit positif comme l'essentiel des positions de la doctrine constitutionnelle interdisent une telle affirmation⁶⁷. La raison,

⁵⁶ A. LE DIVELLEC, « Le juge constitutionnel et les relations entre les parlements et le pouvoir exécutif. Les limites de la régulation juridictionnelle d'un système de gouvernement », p. 151-186.

⁵⁷ p. 151.

⁵⁸ p. 151-154.

⁵⁹ p. 154-161.

⁶⁰ p. 185.

⁶¹ H. ST. JOHN BOLINGBROKE, *Essai sur les partis*, 1733.

⁶² X. BIOY, « L'émergence d'une troisième fonction constitutionnelle : la faculté d'empêcher juridictionnelle », p. 187-211.

⁶³ p. 186.

⁶⁴ p. 193.

⁶⁵ p. 194-196.

⁶⁶ p. 196-201.

⁶⁷ p. 201-211.

au fond, en est simple : la « fonction juridictionnelle » ne nécessite pas, pour exister, d'être un « pouvoir », c'est-à-dire de relever d'une « théorie de la séparation [qui] a été pensée pour la fonction législative⁶⁸ ».

FONCTIONS DU PEUPLE ?

Ariane Vidal-Naquet⁶⁹ s'intéresse quant à elle à l'usage qui pourrait être fait par le « peuple » de la justice constitutionnelle. Celle-ci serait un « canal de participation » de celui-là au pouvoir⁷⁰. Elle serait en effet, tout d'abord, une « jonction entre le peuple et le pouvoir » : la QPC permettrait au peuple de « contrôler l'action de ses représentants » (par la « surveillance » de la production législative), de « s'opposer au pouvoir » (par l'abrogation de la loi), ou encore d'y « participer » (par l'instrumentalisation stratégique des recours)⁷¹. Cette même utilisation stratégique des recours ferait du peuple le « gardien de “sa” Constitution » comme « l'acteur de ses droits fondamentaux⁷² ». L'auteur remarque néanmoins que cette « lecture idéalisée de la justice constitutionnelle⁷³ » achoppe sur une réalité où « le juge constitutionnel échappe [encore] très largement au peuple⁷⁴ », mais qu'elle doit toutefois se maintenir en tant qu'« ambition⁷⁵ ».

La troisième et dernière hypothèse proposée dans le livre cherche à vérifier si la justice constitutionnelle pourrait affecter le régime représentatif dans ses *finalités*, dans la mesure où une telle justice aurait pour conséquence d'inverser la hiérarchie entre puissance publique et droits, celle-là devant désormais servir ceux-ci. Les contributions abordent successivement l'*histoire des rapports* entre droits et puissance, puis le rôle du *Conseil constitutionnel* dans ces évolutions.

HISTOIRE D'UN RAPPORT

Alexandre Viala⁷⁶ ouvre la discussion en adoptant une perspective historique longue, où il tente de montrer comment « le régime représentatif classique » d'une part, qu'il identifie grâce au triple critère de « la souveraineté parlementaire, la balance des pouvoirs et la légitimation de la puissance » et, d'autre part, ce qu'il nomme la « démocratie constitutionnelle », repérable par « le contrôle des gouvernants, la suprématie de la Constitution et la garantie des droits », loin de s'opposer comme on se le figure volontiers, relèvent en réalité d'une « même logique, celle

⁶⁸ p. 211.

⁶⁹ A. VIDAL-NAQUET, « La justice constitutionnelle est-elle un nouveau canal de participation, d'opposition et/ou de contrôle du peuple au pouvoir ? », p. 213-226.

⁷⁰ p. 213.

⁷¹ p. 215-219.

⁷² p. 219-221.

⁷³ p. 226.

⁷⁴ p. 221.

⁷⁵ p. 226.

⁷⁶ A. VIALA, « La modernité juridique ou l'histoire d'une objective complicité entre puissance étatique et garantie des droits », p. 229-239.

de la modernité juridique, dont l'histoire est celle d'une étroite et objective complicité entre la puissance étatique et la garantie des droits⁷⁷ ». Cette hypothèse établie, l'auteur cherche à montrer que les droits subjectifs sont originellement le fruit d'une « déconstruction du droit objectif » portée d'abord par la « théologie chrétienne⁷⁸ », puis par les théories du contrat social⁷⁹. Il décrit ensuite la façon dont, par un renversement en apparence paradoxal, les droits subjectifs se trouvent à partir de la Révolution garantis « par la reconstruction du droit objectif⁸⁰ » : par le « triomphe légicentriste » du XIX^e siècle bien sûr⁸¹, mais également par l'avènement d'une « démocratie providentielle » au XX^e siècle – l'auteur faisant ici jouer le thème élaboré par Dominique Schnapper⁸². En contrepoint de cette thèse, Grégoir Bigot⁸³ propose de son côté une tout autre lecture historique et affirme que « l'avènement des droits subjectifs comme fondement du politique s'entend en dehors de l'État, voire contre lui⁸⁴ ». À ses yeux, l'acte de naissance de cette opération est repérable au moment de la Révolution, où les droits se révèlent « aux fondements de tout pouvoir politique ». L'auteur en examine ensuite les conséquences tout au long du XIX^e siècle, et en tire l'idée qu'un tel siècle fut plutôt le siècle d'une expansion de « l'État au détriment des droits⁸⁵ ». Il nomme le fruit de cette expansion « État administratif », et le rattache à un « modèle napoléonien⁸⁶ ».

LÉGITIMATIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Xavier Magnon⁸⁷ se penche quant à lui sur la question sensible du « fondement » de « l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge »⁸⁸, question qu'il aborde sous l'angle de la « légitimité axiologique » (qu'il identifie comme « conformité à des valeurs »)⁸⁹ et par une analyse du droit positif français. Sous cet aspect, il cherche d'abord à repérer les « fictions politiques visant à construire ou déconstruire une légitimité démocratique à la Constitution et son juge⁹⁰ » pour aborder ensuite l'hypothèse d'un « réalisme normatif » propre à la Constitution du 4 octobre 1958. Celle-ci établirait progressivement une « légitimité

⁷⁷ p. 229.

⁷⁸ p. 231-234.

⁷⁹ p. 234-235.

⁸⁰ p. 235.

⁸¹ p. 237.

⁸² D. SCHNAPPER, *La démocratie providentielle*, Paris, Gallimard, 2002.

⁸³ G. BIGOT, « La protection juridictionnelle des droits face à la légitimation de la puissance étatique », p. 241-250.

⁸⁴ p. 241.

⁸⁵ p. 244-250.

⁸⁶ p. 244.

⁸⁷ X. MAGNON, « La puissance et la représentation, l'État et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? », p. 251-269.

⁸⁸ p. 251.

⁸⁹ p. 252.

⁹⁰ p. 254-263.

sans le peuple⁹¹ » (l'auteur rappelle les étapes successives à la décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971) et une « légitimité pour l'État » : le Conseil constitutionnel, notamment au travers de la QPC, serait ainsi un « défenseur de l'État, non pas du peuple⁹² ». C'est à une position proche que se range Pierre Egéa⁹³, lorsqu'il tente de son côté une étude sur « l'efficacité de la garantie des droits par le Conseil constitutionnel⁹⁴ ». Il part de l'hypothèse selon laquelle l'institution, si elle est désormais une *juridiction*, « ne connaît pas pour autant de justiciables », au sens de « parties opposées dans le cadre d'un procès⁹⁵ ». Ce constat dressé de la présence, au sein de la procédure du Conseil, non pas de justiciables mais de simples « agents déclencheurs⁹⁶ », l'auteur formule l'idée que les décisions de la juridiction relèveraient moins d'une « justice constitutionnelle⁹⁷ » que de ce qu'il nomme une « *orthologie*⁹⁸ », soit un « art ou une technique » formellement liés au « contrôle abstrait⁹⁹ ». À cet art abstrait du Conseil constitutionnel, François Chénéde¹⁰⁰ oppose pour sa part le thème de la « légitimation et [de l']efficacité de la garantie des droits constitutionnels par le juge judiciaire¹⁰¹ ». Ce texte, qui clôt la troisième et dernière partie du livre, vise essentiellement à mettre en balance les vertus de la QPC¹⁰² avec ce que l'auteur nomme la « protection préférentielle des droits et libertés européens¹⁰³ ». Il juge ainsi favorablement le « renouveau de la protection conventionnelle¹⁰⁴ » dont il rappelle qu'elle suscite la prédilection de la Cour de cassation – Cour de cassation qui ne fait pas tant preuve, dit-il, de « mauvaise volonté [...] dans l'application de la QPC » que d'une préférence marquée pour « les atouts de la voie conventionnelle¹⁰⁵ ». L'ouvrage se termine sur un très vivant « rapport de synthèse » des contributions par François Saint-Bonnet¹⁰⁶, qui fait office de conclusion.

*
**

À l'heure de conclure à notre tour, quelques observations s'imposent. Assurément, le thème choisi est ambitieux, et il faut savoir gré aux auteurs d'avoir entre-

⁹¹ p. 264-267.

⁹² p. 267-269.

⁹³ P. EGÉA, « L'efficacité de la garantie des droits par le Conseil constitutionnel », p. 271-281.

⁹⁴ p. 272.

⁹⁵ p. 273.

⁹⁶ p. 273-276.

⁹⁷ p. 277-281.

⁹⁸ p. 273.

⁹⁹ p. 273.

¹⁰⁰ F. CHÉNÉDE, « Légitimation et efficacité de la garantie des droits constitutionnels par le juge judiciaire : une protection des droits contre l'intérêt général esquivée ? », p. 283-301.

¹⁰¹ p. 283.

¹⁰² p. 286-292.

¹⁰³ p. 292-300.

¹⁰⁴ p. 296.

¹⁰⁵ p. 300.

¹⁰⁶ F. SAINT-BONNET, « Rapport de synthèse. La quête de la confiance », p. 303-314.

pris une telle réévaluation du régime représentatif contemporain à l'aune du développement de la justice constitutionnelle en France : ce thème, essentiel, méritait d'être traité. Il faut aussi se réjouir de trouver, dans cet ouvrage, l'un des (trop) rares exemples de projet scientifique cherchant à combiner à la fois des approches positivistes, historiques et théoriques sur des questions touchant à la théorie de l'État. Le traitement tripartite du sujet, par ailleurs, fonctionne très bien : un champ d'étude si vaste appelait naturellement à concentrer l'attention sur les questions fondamentales de *légitimité* (Partie I), d'*architecture* (Partie II) et de *finalité* de ces institutions (Partie III).

Cependant, au-delà de la bonne économie générale de l'ensemble, et de la qualité incontestable des interventions, quelques remarques de forme comme l'aveu d'une légère frustration de fond doivent être formulés. S'agissant de la forme, on regretta notamment ce qui semble avoir été un format de commande demandé aux auteurs. Un tel format est peut-être à la source d'une certaine lourdeur des contributions, souvent sensible lorsque les auteurs s'efforcent, sur plusieurs pages, de s'émanciper du thème initial imposé. Les axes choisis contenaient également, semble-t-il, des présupposés théoriques que les intervenants ont dû patiemment remettre en cause. Cela donne épisodiquement le sentiment d'une certaine artificialité des thèmes, d'autant plus regrettable qu'elle masque la réelle homogénéité et cohérence du travail collectif.

Parallèlement à ces remarques de forme, on notera plus fondamentalement l'omniprésence, dans tout l'ouvrage, du motif de la « QPC », motif qui s'avère hautement prévalent. Sans doute le thème est-il alors à la mode : en 2014, année du colloque, la « QPC » est encore une sorte de nouveauté, et l'on comprend l'intérêt qu'elle est susceptible de provoquer chez les auteurs. On regrettera toutefois que cet intérêt légitime pour le contrôle par voie d'exception conduise parfois à minorer les autres dimensions du contrôle de constitutionnalité, aussi bien du point de vue de leur utilité propre que de leur organisation institutionnelle. Une étude plus complète sur ce plan aurait peut-être permis de nuancer le sentiment « d'enthousiasme » pour la nouvelle procédure qui, dans certains textes, relève quelque fois plus de la pétition en faveur ou de l'idéalisme prospectif que de la stricte analyse des vertus internes du nouveau recours. À la décharge des auteurs, il faut toutefois rappeler qu'il est difficile d'établir les vertus passées d'une méthode neuve, et qu'à la date du colloque, celles-ci étaient par définition encore peu mesurables. Sans doute faut-il supposer que, réalisé aujourd'hui, un tel colloque ne réserverait pas une place si prépondérante à la seule « QPC », ou, à tout le moins, aurait davantage de matière pour établir un diagnostic plus équilibré de ses défauts et de ses qualités.

L'ouvrage reste quoi qu'il en soit un livre à lire. Son ambitieux projet scientifique, porté par un éclectisme théorique de bon aloi, en font un excellent témoignage de la richesse des réflexions qu'est susceptible de provoquer le rapprochement inattendu de deux concepts fondamentaux du droit constitutionnel.

Jérôme Couillerot

Docteur en droit public, Jérôme Couillerot est l'auteur d'une thèse articulant les généalogies politique et philosophique de la théorie démocratique de Claude Lefort, travail récompensé par le prix Albert Viala 2019 de l'Institut de France. Membre associé de l'Institut Michel Villey, ses travaux portent sur le droit constitutionnel, l'histoire des idées et la philosophie politique. Il enseigne aux Universités de Cergy-Pontoise et de Paris II Panthéon-Assas.

**P. Rolland, *Un débat sous la Terreur.*
*La politique dans la République****

Dans le tableau de Jean-Joseph Weerts, La nuit du 9 au 10 Thermidor 1794 (reproduit sur la première de couverture de l'ouvrage) qui représente les dernières heures de Robespierre réfugié avec ses partisans à l'Hôtel de Ville, le regard désabusé et inquiet de l'Incorruptible devenu soudainement vulnérable semble nous fixer avec une troublante intensité. Ce regard nous prend à témoin du théâtre d'ombres sur lequel s'affrontent des acteurs qui, entraînés par la puissance irrésistible des événements, courent vers l'abîme. Par-delà les réalités et faux-semblants de cette célèbre scène historique, l'ouvrage de Patrice Rolland, *Un débat sous la Terreur : la politique dans la République*, invite à reconsidérer l'épisode traumatique de la Terreur à l'aune du langage savant de l'histoire des idées. L'auteur se propose, en effet, de porter l'attention de ses lecteurs sur le débat qui a opposé, sous la Terreur, Marat, Robespierre, Saint-Just et Camille Desmoulins sur les modalités de protection de la République contre ses ennemis. Ainsi, peu soucieux de figer les événements et les discours dans une de ces représentations mythologiques dont l'historiographie classique a été prodigue, ce recueil d'articles parvient, en empruntant à la fois à l'histoire des idées et à la pensée constitutionnelle, à tenir l'érudition à bonne distance des traditionnelles interprétations idéologiques. Se trouvent ainsi examinées, à la faveur d'une mise en lumière de la dimension politique de la Terreur, les diverses définitions d'une politique de salut public et, plus généralement, la question de la nature même du politique. Tout en contribuant ainsi à notre compréhension historiographique et politique de la Terreur (dont aucune interprétation, comme l'a montré P. Gueniffey¹, n'a jamais réussi à épuiser le sens et la portée), l'étude de ce *débat sous la Terreur* permet également de mettre en lumière la richesse théorique du discours jacobin (discours dont Lucien Jaume a montré, au moment du Bicentenaire et dans le compagnonnage intellectuel de François Furet et Mona Ozouf, que, tout en pliant le réel aux exigences de l'idéologie révolutionnaire, il ne pouvait être réduit à une simple rhétorique de captation de l'opinion).

C'est en interrogeant le jeu de l'être et du paraître, du vrai et du faux, que Patrice Rolland s'attache à interroger les modalités d'accès à la réalité politique. À cet égard, alors que les « manœuvres » de William Pitt témoignent d'une dissociation de l'être et du paraître, les expressions robespierristes de la vertu traduisent, au

* Patrice ROLLAND, *Un débat sous la Terreur. La politique dans la République*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2018, 146 p.

¹ *La politique de la Terreur. Essai sur la violence révolutionnaire 1789-1794*, Paris, Fayard, 2000.

contraire, le dessein jacobin d'unir l'être et le paraître. Soucieux d'opérer un « dévoilement de la réalité des hommes et des relations sociales », Robespierre veut conférer une transparence au politique, c'est-à-dire l'affranchir des arcanes obscurs du machiavélisme. Toutefois, comme l'écrit P. Rolland, l'erreur fatale des jacobins fut de « ne pas comprendre que, dans le domaine politique, le réel et l'apparence sont une seule et même chose ». Sans cesse torturé par l'idée de complots souterrains ourdis par les ennemis d'un peuple qu'il désire régénéré, l'Incorruptible est conduit, d'une part, à constater que la politique révolutionnaire, qu'il voulait pourtant transparente, est de plus en plus confinée dans l'espace privé de cercles girondins devenus des lieux d'intrigues et, d'autre part, à imputer au machiavélisme de ses ennemis la radicalisation du processus révolutionnaire. La rhétorique de la conspiration l'empêche de saisir la véritable nature de la politique (qu'il réduit, pour sa part, à la réalité des rapports de force) : comme l'écrit de manière subtile P. Rolland,

le processus d'objectivation [...] ne conduit pas à l'objectivité. Le pouvoir est en réalité enfermé, par son soupçon même, dans un jeu de miroirs. Loin d'atteindre à la réalité, il ne fait que projeter sa vision politique sur la société. Le soupçon lui interdit de s'en tenir au visible, mais sa quête de la réalité cachée ne le conduit qu'à un irréalisme politique.

Soucieux d'instituer, sous l'égide de l'Être suprême comme principe de distinction du bien et du mal, un pouvoir transparent et innocent, Robespierre, enfermé en lui-même et aveuglé par son intransigeance, désire, comme l'observe l'auteur, « une société que la morale rendrait transparente à elle-même et où les hommes n'auraient plus rien à se dissimuler les uns aux autres ». Ayant à l'esprit les termes du Jean Starobinski de *La Transparence et l'obstacle*, le lecteur comprend que Robespierre, persuadé, comme Jean-Jacques Rousseau, que l'homme est bon par nature, s'efforce de trouver une transparence des choses que les masques de la société et la réalité de l'histoire rendraient inatteignable. À l'inverse, Camille Desmoulins accepte l'idée que le politique puisse commander une distinction de l'être et du paraître. C'est cette lucidité qui le conduit, en avril 1794, à l'échafaud où il meurt en « indulgent » dans un moment de radicalisation où, aux yeux de l'Incorruptible, l'ancien ami est devenu l'ennemi menaçant de l'intérieur l'intégrité de la République. En effet, Desmoulins, qui fonde en décembre 1793 le périodique *Le Vieux Cordelier* (dont le septième et dernier numéro est posthume) dans lequel il cherche à définir une politique révolutionnaire soucieuse des libertés individuelles, est jugé coupable d'avoir condamné la politique de la Terreur et d'avoir réclamé la création d'un « comité de clémence ». Dès les premiers jours de l'année 1794, Robespierre avait prononcé au club des Jacobins un discours englobant dans une même condamnation les Hébertistes partisans de la Terreur à outrance et les Indulgents soucieux de l'arrêter (« Ceux qui sont d'un génie ardent et d'un caractère exagéré proposent des mesures ultra-révolutionnaires, ceux qui sont d'un esprit plus doux et plus modéré proposent des moyens citra-révolutionnaires »). Si la liberté se trouve, dans la pensée robespierriste, étroitement accaparée par l'exigence d'une action vertueuse, elle est formulée, chez Desmoulins, dans les termes de l'autonomie² : la

² M. LINTON, *Choosing Terror. Virtue, Friendship and Authenticity in the French Revolution*, Oxford, Oxford University Press, 2013, a opposé la vertu naturelle, sentiment inclinant les individus à la compassion pour leurs semblables, à la vertu républicaine qui fait de l'amour de la patrie un lien affectif et social.

politique de contrôle du corps social menée sous la Terreur ne peut rendre la société vertueuse car elle éloigne, à la faveur d'une dégradation des mœurs, le peuple de toute intelligence véritable de la liberté.

La fiction jacobine d'un peuple homogène conduit à l'effacement des droits individuels au nom de la raison d'État, c'est-à-dire à l'effacement de l'individu au profit d'un citoyen vertueux subordonné à l'impératif de l'unanimité (l'ambition régénératrice entraînant l'absorption de l'espace privé dans l'espace public). À l'instar d'un Danton condamnant cette confusion jacobine du privé et du public, Desmoulins accepte l'idée que certains hommes puissent être désireux de vivre en dehors de l'empire politique. Son discours de l'indulgence est marqué au sceau d'une *modération* soucieuse de reconnaître les libertés individuelles face à l'exercice du pouvoir souverain. Étudiant récemment les possibilités d'institutionnaliser la modération au sein du domaine politique, Aurelian Craiutu³ a qualifié une telle disposition de « vertu noble pour des esprits courageux » et a mis en évidence la dimension proprement constitutionnelle de la modération politique, en particulier sous la forme d'une défense du pluralisme et de l'équilibre des pouvoirs. Si Desmoulins, journaliste jacobin ayant accompagné le processus de radicalisation de la Révolution, peut difficilement être qualifié de modéré au sens libéral d'A. Craiutu, l'auteur du *Vieux Cordelier* considère cependant ces principes du pluralisme et de l'équilibre des pouvoirs, puisés dans le patrimoine du constitutionnalisme républicain, comme étant de nature à conjurer le péril des factions. Ce sont bien les institutions républicaines, et non point la vertu, qui fondent le bon gouvernement. À l'inverse, Robespierre est persuadé du fait que la représentation du peuple vertueux ne peut s'épuiser dans le formalisme constitutionnel : face au danger d'une division plus marquée du pays provoqué par la multiplication des factions entre Indulgents et Enragés, il observe, dans son discours du 5 nivôse an II (25 décembre 1793) par lequel il s'efforce de justifier la légalité d'un gouvernement révolutionnaire, que si

le but du gouvernement constitutionnel est de conserver la République ; celui du gouvernement révolutionnaire est de la fonder. La Révolution est la guerre de la liberté contre ses ennemis. La Constitution est le régime de la liberté victorieuse et paisible.

Cette affirmation de l'Incorruptible témoigne du fait que si le discours de la Révolution libérale de 1791 et des Girondins est celui du contrat social et du constitutionnalisme, la théorie jacobine de la fondation exige, quant à elle, une suspension de l'ordre constitutionnel.

Il faut rappeler, à cet égard, que l'abbé Sieyès, distinguant clairement le pacte social du pacte de sujétion, se refuse, en 1789, à assimiler la constitution au contrat social et n'y voit qu'un acte posé par une nation unifiée par le pacte de société et maîtresse du processus constituant (ce dernier n'a pas pour objet de former un corps social qui, en effet, lui préexiste, mais de définir les modalités de la délégation du pouvoir à des organes constitués). Sous la Révolution, l'assimilation de la constitution à un contrat social procède essentiellement d'une vision girondine du politique, fondée sur la juxtaposition rationnelle des droits des individus et une intel-

³ A *Virtue for Courageous Minds. Moderation in French Political Thought, 1748-1830*, Princeton, Princeton University Press, 2012. Voir la recension d'A. Laquière dans *Jus Politicum* : [<http://jus-politicum.com/article/Aurelian-Craiutu-A-Virtue-for-Courageous-Minds-Moderation-in-French-Political-Thought-1748-1830-Princeton-Princeton-University-Press-2012-338-p-935.html>].

ligence atomiste du corps politique. Les acteurs sont toutefois généralement soucieux de distinguer les deux termes : quand le Girondin Isnard défend à la Convention, le 10 mai 1793, « la nécessité de passer un pacte social antérieur à toute loi constitutionnelle » afin de convenir des « conditions de la ré-association » et de définir le mode du gouvernement suite à l'effondrement de l'ordre constitutionnel de 1791 qui a fait retomber les Français dans une sorte d'état de nature juridique, le pacte social est compris comme une interface entre l'énoncé des droits individuels et l'ordre collectif constitutionnel. En différenciant entre le pacte originel donnant naissance à une nation et la constitution qui « n'est relative qu'au gouvernement », Sieyès a eu le grand mérite de redéfinir des termes dont le sens avait été quelque peu obscurci par l'ébranlement rousseauiste du principe du double contrat. En effet, lorsque le philosophe genevois définit le contrat social comme « l'acte par lequel un peuple est un peuple », il entend conjointement par cet acte l'origine de la société politique et la légitimité du souverain (l'élaboration de la constitution de l'État est conférée au peuple souverain qui se dote, grâce à la sagesse mythique d'un « Législateur », d'un « corps de lois »).

Quant aux principes fondateurs du régime politique qu'il convient idéalement d'établir, si Marat ne parvient pas à se soustraire à une intelligence monarchique du politique, Saint-Just fonde le lien social et politique sur l'amitié qu'il appréhende comme une relation d'indifférenciation (pour P. Rolland, une telle affirmation de la liberté individuelle dans la transparence sociale ne permet pas de comprendre que « la liberté individuelle ne naît et ne subsiste que dans la distance qui est opacité »). Parallèlement à l'examen du discours robespierriste de la vertu, ces thèses ne sont rappelées par l'auteur que pour mieux mettre en valeur celle défendue par Camille Desmoulins qui fait de l'expérience politique une expérience traversée de part en part par le sentiment de la liberté. À cet égard, jugée à l'aune du discours jacobin, l'affirmation du pluralisme ne peut apparaître que comme le masque des intérêts particuliers. La liberté d'opinion et d'expression ne peut être que condamnée en ce qu'elle fait violence à la nécessaire primauté de la vie publique sur la vie privée. Cette question de la liberté d'expression, dont les enjeux ont été si tragiquement rappelés en France au cours de l'année 2015, impose, en creux, sa centralité dans le conflit qui oppose Robespierre à Desmoulins. À cet égard, mettant fin à l'absolutisme révolutionnaire des Jacobins, le 9 Thermidor ouvre une période révolutionnaire marquée par la volonté de sortir de la Terreur en rétablissant une république fondée sur les libertés déclarées en 1789. L. Chavanette⁴ a récemment montré que les Thermidoriens souhaitent que le droit révolutionnaire puisse se trouver en accord avec les droits de l'homme affirmés en 1789 (même s'il est vrai que les « Thermidoriens » ont également été soucieux de poursuivre et de redéfinir la politique de la Convention à l'aune de certaines institutions établies en 1793 et 1794). Les problématiques mises en lumière dans les articles ici rassemblés sous le titre *Un débat sous la Terreur* nous rappellent que l'ordre politique que les révolutionnaires se sont trouvés dans la nécessité d'instituer était fragilisé par une conception du corps social peu soucieuse de penser l'idée de division et de pluralisme (à cet égard, tous les lecteurs soucieux de puiser les principes de la démocratie contemporaine dans ses sources historiques seront sensibles à l'enseignement selon lequel un régime qui ne parvient pas à reconnaître en son sein la nécessité du conflit est menacé de dérive autoritaire).

⁴ *Quatre-vingt-quinze. La Terreur en procès*, Paris, CNRS Éditions, 2017.

Chemin faisant, le lecteur prend la mesure de l'importance et des difficultés que recèle l'idée même de liberté d'expression dans les débats de la Révolution (« brûler n'est pas répondre ! » rétorque Desmoulins à l'Incorruptible qui ordonne de brûler les numéros du *Vieux Cordelier*), une liberté dont la philosophie et la théorie politiques ont singulièrement, en France, assez peu interrogé les finalités ou la légitimité des limites tracées par le législateur ou le juge. Confrontée à l'impératif d'une défense de la liberté d'expression contre l'adversité et à la nécessité de pouvoir définir des critères cohérents aptes à en tracer les frontières, la pensée française a essentiellement appréhendé l'étude d'une conciliation des libertés et de l'autorité de l'État à l'aune des célèbres thèses de Tocqueville et de Stuart Mill consacrées à la protection face à la tyrannie de la majorité (péril qui n'est identifié par la culture politique révolutionnaire qu'à partir du débat constituant de l'an III lors duquel Sieyès identifie, avant Benjamin Constant et Guizot, une des origines essentielles de la Terreur dans les conceptions révolutionnaires de la souveraineté). Le lecteur se surprend donc à trouver, dans les écrits que Camille Desmoulins consacre à l'appréhension du politique face à l'ennemi, des considérations qu'il pensait être propres à la pensée libérale du XIX^e siècle, par exemple la formulation, par John Stuart Mill, d'un « principe de non-nuisance » par lequel les restrictions de la liberté d'expression ne peuvent être justifiées que par la nuisance à autrui.

Si Patrice Rolland laisse ces questions ouvertes, ce n'est pas le moindre mérite des textes qu'il a souhaité ici rassembler que celui d'offrir un cadre historique et théorique inattendu pour les réinterroger (avec des mots qui auraient pu être ceux du *Vieux Cordelier*, il observe que « la modération avec laquelle la démocratie doit se comporter face à ses ennemis vient de ce qu'elle sait qu'elle peut avoir affaire à ses propres enfants »). Mesurant le fait que la liberté d'expression n'est pas seulement un droit constitutionnellement reconnu, mais une exigence politique fondamentale qui permet à une communauté d'individus de vivre conformément à ses aspirations, le lecteur éprouve la sensation d'un enchevêtrement non seulement des époques historiques, mais aussi de questions que l'histoire des idées permet sans cesse de réinvestir au présent.

Jacky Hummel

Jacky Hummel est Professeur agrégé de droit public à l'Université Rennes 1. Il est notamment l'auteur de *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : Le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, 2002 ; *Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique*, Paris, Michalon, 2005 ; *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard, 2010.

**A. Le Pillouer (dir.), *La protection de la constitution.*
*Finalités, mécanismes, justifications****

Issu d'un colloque organisé les 11 et 12 mai 2016 à Poitiers, cet ouvrage dirigé par Arnaud Le Pillouer se présente comme la mise à l'épreuve d'une évidence. Il va de soi, dans le discours ambiant, que toute constitution doit être protégée, et que le meilleur moyen pour y parvenir, peut-être le seul, est le contrôle de constitutionnalité par un organe juridictionnel spécialisé, ou par le pouvoir judiciaire, ou par une combinaison d'un organe spécialisé et des juridictions ordinaires. Cette vision des choses est répandue universellement, par-delà les contextes nationaux, l'idée d'une vocation naturelle du pouvoir judiciaire à assurer la protection de la Constitution étant très marquée dans certains pays : Isabelle Boucobza montre ainsi comment les juges italiens, soutenus par la doctrine, se posent en remparts de la Constitution et en appellent, pour se renforcer dans ce rôle, aux dispositions constitutionnelles qui les protègent : il faut que la constitution protège les juges, protecteurs eux-mêmes de la constitution¹.

Comme toutes les idées installées, celle-ci ne mérite-t-elle pas d'être interrogée, quitte à – ou en vue de – déranger les habitudes de pensée ? C'est à cette tâche que s'emploie le volume, à travers deux questions. La première : pourquoi, après tout, faut-il protéger la constitution ? Plus exactement, qu'est-ce qui justifie que la constitution soit protégée ? La deuxième : une fois cette protection validée dans son principe, comment, concrètement, la réaliser, à qui la confier, selon quelles modalités ?

On voit d'emblée que, dans cette dichotomie des fins et des moyens, la réponse à la question des fins rétroagira sur la réponse à la question des moyens : on ne protégera pas la constitution – du moins pas forcément – de la même manière, selon qu'on entendra la protéger en vue de garantir la séparation des pouvoirs, en vue de garantir les droits fondamentaux qu'elle contient, en vue de fournir un cadre à l'expression de la souveraineté du peuple, etc. Comme le relève Arnaud Le Pillouer, la diversité possible des fins de la protection de la constitution est, en soi, une pierre dans le jardin des promoteurs de la justice constitutionnelle comme solution idéale et universelle : que celle-ci soit la solution pour protéger la constitution en vue de réaliser une fin n'implique pas qu'elle soit la solution idéale pour la protéger en vue d'une autre².

* Arnaud LE PILLOUER (dir.), *La protection de la constitution. Finalités, mécanismes, justifications*, Poitiers, Presses de la Faculté de Poitiers, 2018.

¹ I. BOUCOBZA, « Les magistrats italiens et la Constitution de 1948 », p. 47. (Toutes les références sont tirées du volume, sauf indication contraire).

² A. LE PILLOUER, « Introduction », p. 8.

Le plan des contributions, articulé autour de cette distinction fins/moyens, est très cohérent, et permet une progression logique. Le lecteur est invité à s'interroger d'abord sur les divers buts possibles de la protection de la constitution – assurer la séparation des pouvoirs (étant noté que celle-ci n'est pas, en soi, un concept univoque), garantir les droits, garantir la hiérarchie des normes. Il est amené ensuite à s'interroger sur la pertinence des moyens de cette protection, par une cour constitutionnelle ou par d'autres voies.

Le lecteur, cela dit, est libre de suivre un autre cheminement, accordé à ses centres d'intérêt. On peut ainsi, en toute subjectivité, s'arrêter spécialement sur trois problèmes saillants qu'abordent, d'une manière ou d'une autre, les quinze contributeurs. Le premier est celui, classique, de la protection de la Constitution contre le pouvoir de révision (I). Le deuxième, non moins classique et d'une forte actualité ces temps-ci en France, est celui du caractère potentiellement antidémocratique du contrôle de constitutionnalité – ce qu'il est convenu d'appeler, suivant une expression venue d'Amérique, la « difficulté contre-majoritaire » (II). Le troisième est celui de la prétendue supériorité des organes juridictionnels pour protéger la constitution, moins certaine qu'il n'y paraît (III).

I

L'idée qu'il faille protéger la constitution ne fait de difficulté pour personne ; faut-il pour autant aller jusqu'à la protéger y compris contre le pouvoir de révision ? C'est le problème des limitations à la révision, qu'abordent plusieurs contributions. On connaît les données du problème : si certaines constitutions prévoient explicitement que les lois constitutionnelles peuvent être contrôlées par le juge constitutionnel (par exemple la Constitution turque de 1982, article 148), la plupart sont muettes sur ce point, ce qui pose la question de savoir si le juge peut opérer un tel contrôle, et au regard de quelles normes. La Constitution française de 1958, comme on sait, prévoit des limitations formelles et substantielles à la révision (la « forme républicaine du gouvernement »), mais laisse sans réponse la question de savoir si ces limitations sont sanctionnables, et par qui. On en arrive alors au point de savoir comment peut s'y prendre, le cas échéant, l'organe chargé de protéger la constitution, pour la défendre contre des lois constitutionnelles. Une première solution vient à l'esprit : en appeler à des principes supra-constitutionnels, que le juge constitutionnel opposerait au pouvoir de révision. La contribution de Michel Troper³ démolit cette piste en exposant méticuleusement ses faiblesses. Deux arguments, en particulier, emportent l'adhésion. D'une part, en appeler, contre les lois constitutionnelles, à des principes supra-constitutionnels, aboutit à la conséquence absurde qu'il n'y a plus de norme suprême, puisqu'à l'égard de la loi ordinaire la norme suprême est la constitution, et à l'égard des lois constitutionnelles, les principes supra-constitutionnels. D'autre part, c'est stratégiquement contre-productif pour le juge constitutionnel, qui ne peut plus, aux yeux de l'opinion publique, se légitimer en posant à l'humble gardien d'un texte remis à sa protection par le pouvoir constituant originaire, d'où le risque d'être accusé d'usurper un rôle qui ne lui a pas été confié. De plus, l'invocation de principes supra-constitutionnels est inutile, le juge constitutionnel pouvant facilement, s'il tient à bloquer des lois constitutionnelles, utiliser les ressources de la constitution elle-même, soit en exploitant

³ M. TROPER, « Existe-t-il des principes supérieurs à la constitution ? », p. 135-146.

les limites substantielles si elle en contient, soit, si non, en postulant, dans une perspective inspirée de Schmitt, qu'il y a dans le texte des principes essentiels qui ne sauraient être violés, même par les lois constitutionnelles. On débouche alors sur le raisonnement connu : le pouvoir de révision, simple pouvoir constitué, peut modifier la constitution ponctuellement, mais non la changer entièrement, car ce serait usurper le rôle du pouvoir constituant.

Telle fut la tactique de la Cour constitutionnelle italienne en 1988 puis, dans les années 2000, celle de son homologue colombienne, à travers une série de décisions que commente Riccardo Guastini⁴ – décisions d'autant plus surprenantes dans le cas colombien que le contrôle au fond des lois constitutionnelles semble avoir été exclu, de manière insistante, par le pouvoir constituant⁵. Pour se justifier, les juges invoquent des principes de fond implicites dans le texte, qu'ils appellent tantôt les « éléments essentiels qui déterminent l'identité » de la constitution (Cour colombienne, décision C-141/2010), les « principes et valeurs » qui fondent l'identité de cette constitution (décision C-551/2003), les « principes structurants » de la constitution (décision C-574/2011), ou les « principes suprêmes » de l'ordre constitutionnel (Cour italienne, décision 1146/1988). Il va de soi que ce type de raisonnement laisse une grande marge de manœuvre au juge constitutionnel, qui maîtrise le contenu de ces soi-disant principes ; Michel Troper note à ce titre que même quand un texte constitutionnel fournit des limites substantielles à la révision, les juges ont encore intérêt à se fonder plutôt sur des principes implicites, afin de se mettre à l'abri d'une double révision : aussi bien le pouvoir de révision peut contourner la limite substantielle expresse en éliminant la clause avant de réviser au fond, aussi bien il ne peut rien contre une limite tenant à la constitution tout entière⁶.

Cette attitude conquérante du juge constitutionnel laisse évidemment perplexe. En Colombie, souligne Riccardo, Guastini, des juges de la Cour s'en sont désolidarisés : pour eux, la Cour viole la lettre de la Constitution en se prévalant de limites substantielles à la révision qui n'existent pas ; elle en viole l'esprit, la volonté du constituant, connue par les travaux préparatoires, étant de ne pas permettre le contrôle au fond des lois constitutionnelles ; et elle place la Cour constitutionnelle dans une position de surplomb inadmissible d'un point de vue démocratique, le peuple n'étant plus maître de ses choix constitutionnels. On retrouve l'argument classique de la légitimation du contrôle juridictionnel de constitutionnalité, rappelé par Véronique Champeil-Desplats⁷ : le contrôle de constitutionnalité ne pose pas de problème tant que le peuple a le dernier mot, et qu'il peut surmonter la décision du juge constitutionnel en changeant la constitution.

On peut s'interroger, pour conclure sur ce point, sur un argument développé par Riccardo Guastini à propos du cas italien : à supposer qu'on accepte l'idée de

⁴ R. GUASTINI, « Identité de la Constitution et limites à la révision constitutionnelle (le cas colombien) », p. 127-134.

⁵ L'article 241 de la Constitution, qui donne sa compétence à la Cour, la cantonne aux « termes stricts et précis de cet article », et précise qu'elle ne peut contrôler, s'agissant des lois constitutionnelles, que les vices de procédure ; même idée dans l'article 379 qui dispose que les lois constitutionnelles ne peuvent être censurées que « par violation des règles établies dans ce titre », à savoir le titre XIII sur la procédure de révision.

⁶ M. TROPER, « Existe-t-il des principes supérieurs à la constitution ? », p. 141.

⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Garantir les droits et libertés constitutionnels a-t-il un sens ? », p. 89.

dégager du texte constitutionnel des principes essentiels intouchables, dit-il, rien ne permettrait d'en conclure qu'il appartient à la Cour constitutionnelle d'en assurer la supériorité – « la seconde thèse n'est pas une conséquence logique de la première⁸ ». Il nous semble pourtant qu'à partir du moment où les principes en question sont tirés du sein même de la constitution (par opposition à des principes supra-constitutionnels), la Cour est fondée par définition à les faire respecter, étant missionnée pour faire respecter toute la Constitution. Il n'en irait autrement que s'il y avait une clause expresse disposant que la Cour n'a le droit de contrôler les lois constitutionnelles qu'au regard de certaines dispositions écrites, ou des dispositions écrites de la constitution en général.

II

Moins évident que le problème précédent, celui de sa protection contre les lois ordinaires n'en est pas moins important. Il touche à l'exigence démocratique, et peut être résumé par l'expression « difficulté contre-majoritaire », mise sur le devant de la scène dans les années 1960 par Alexander Bickel (*The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*), dont les thèses forment le point de départ de la contribution de Guillaume Tusseau⁹. Bickel écrit :

Lorsque la Cour suprême déclare inconstitutionnels un acte législatif ou l'action d'un Exécutif élu, elle fait obstacle à la volonté des représentants du peuple réel qui existe ici et maintenant [...] c'est la raison pour laquelle le contrôle de constitutionnalité peut être accusé d'être antidémocratique¹⁰.

Ce problème connaît une grande actualité en France aujourd'hui, avec l'idée répandue dans l'opinion que le Conseil constitutionnel (mais aussi la Cour européenne des droits de l'homme et le juge ordinaire), exploitant les immenses potentialités offertes par les termes vagues et abstraits des textes du bloc de constitutionnalité, exerce une tyrannie et fait obstacle à la volonté exprimée par les représentants du peuple, c'est-à-dire au peuple lui-même. À ce sujet, il n'est pas inintéressant de rappeler, avec Véronique Champeil-Desplats, que Kelsen lui-même s'inquiétait de ce « puissant facteur d'usurpation du pouvoir législatif¹¹ » que constitue un contrôle de constitutionnalité des lois au regard de termes constitutionnels vagues, le pouvoir législatif du Parlement élu se déplaçant alors insidieusement vers la Cour non élue. Véronique Champeil-Desplats, partageant cette inquiétude, observe que les droits et libertés constitutionnels, fatalement formulés « dans des termes généraux et abstraits [...] propices à une diversité de conceptions », permettent que « les désignés gardiens des droits et libertés ne garantissent rien d'autre que leur propre conception de ce que signifient des mots inscrits dans un texte¹² ».

⁸ R. GUASTINI, « Identité de la Constitution et limites à la révision constitutionnelle (le cas colombien) », p. 127.

⁹ G. TUSSEAU, « Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire : un triple appel à la prudence », p. 183-207.

¹⁰ Cité par G. TUSSEAU, « Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire : un triple appel à la prudence », p. 183-184.

¹¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Garantir les droits et libertés constitutionnels a-t-il un sens ? », p. 88.

¹² *Ibid.*, p. 90.

Wanda Mastor, dans sa contribution sur la jurisprudence de la Cour Suprême américaine relative au mariage, ajoute que même si les énoncés constitutionnels étaient précis, le juge pourrait toujours les tordre dans le sens qui lui plaît, dès lors que « le droit n'est qu'une histoire d'interprétation » et qu'un texte « n'existe même pas avant que le juge ne lui donne de la chair¹³ ».

Aussi les partisans de la justice constitutionnelle sont-ils forcés, pour répliquer à cette objection d'antidémocratie, de trouver des tactiques de légitimation, examinées notamment par Pierre Brunet¹⁴ et Guillaume Tusseau. Schématiquement, deux voies semblent envisageables.

1^o La première consiste à postuler que le juge constitutionnel n'est pas antidémocratique dans la mesure où il est lui-même un élément du jeu démocratique, un représentant du peuple au même titre que les élus au Parlement, quoique d'une manière différente. Dans cette perspective, voter la loi et la contrôler sont deux manières pour le peuple d'exprimer sa volonté. On retrouve l'idée, analysée notamment par Pierre Rosanvallon, qu'il y a de plusieurs canaux de la légitimité démocratique, et qu'il n'y a pas de raison pour que l'un (la temporalité courte du mandat parlementaire) prévale sur l'autre (la temporalité longue de la Constitution)¹⁵. C'est un peu la métaphore du peuple ivre (qui s'exprime *via* ses représentants dans la loi) tenu par le peuple à jeun (qui s'est exprimé directement par sa constitution). Pierre Brunet, dans cette perspective, explore les thèses de Robert Alexy et souligne leurs difficultés, dont la principale : dire que le juge constitutionnel représente le peuple aussi bien que le législateur revient à poser une équivalence douteuse entre deux conceptions de la représentation (« Un parlement délibère d'abord pour créer des normes nouvelles tandis qu'une cour constitutionnelle est supposée délibérer d'abord pour décider si telle norme nouvelle est conforme ou non à une norme plus ancienne¹⁶ »).

Plus généralement, cette idée que le juge constitutionnel est un représentant peut être poussée plus loin : ne peut-on pas en effet considérer que le juge constitutionnel est davantage « l'ami » du peuple que le législateur, dès lors qu'il protège le peuple contre les abus du législateur (c'est la perspective d'un Bruce Ackerman, mentionnée par Guillaume Tusseau¹⁷) ? Tel est le fond du problème : ou bien la ligne de partage des eaux passe entre le bloc formé par le peuple et ses représentants d'un côté, le juge constitutionnel de l'autre ; ou bien elle passe entre le peuple d'un côté et ses représentants de l'autre, le juge constitutionnel apparaissant alors comme le protecteur du peuple contre ses représentants. Dans le premier cas, le représentant élu est assimilé au peuple, et le juge est leur adversaire, presque leur ennemi ; dans le second cas, le représentant élu est ravalé au rang d'un pouvoir,

¹³ W. MASTOR, « Protection de et par la constitution. Variations sur l'idée d'une "adaptabilité" de la Constitution des États-Unis », p. 74

¹⁴ P. BRUNET, « Protéger la constitution par des cours constitutionnelles ou la société par des jurys constitutionnels ? », p. 169-182.

¹⁵ Voir P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée*, Paris, Gallimard, « Folio », 2003 [2000], p. 437.

¹⁶ P. BRUNET, « Protéger la constitution par des cours constitutionnelles ou la société par des jurys constitutionnels ? », p. 172-173.

¹⁷ G. TUSSEAU, « Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire : un triple appel à la prudence », p. 186.

préssumé dangereux en tant que tel, susceptible d'abuser, et contre qui le juge protège le peuple. La première vision est démocratique, la seconde, typique du libéralisme. L'exemple du « constitutionnalisme populaire » américain analysé par Julien Boudon illustre bien cette opposition : la critique du pouvoir de la Cour suprême par les partisans de Roosevelt ne s'accompagne en effet pas d'une critique simultanée des représentants¹⁸ – ce n'est donc pas une critique des élites par le peuple (où les représentants seraient inclus dans les élites), mais la mise en scène d'un bloc peuple-représentants, opposé au juge.

Si l'on peut rester réticent devant cette idée d'un juge constitutionnel représentant du peuple, constate Pierre Brunet, il n'est pas interdit de tenter de minorer l'accusation d'antidémocratie qui plane sur lui en observant qu'il est loin d'être imperméable aux préoccupations de la société civile, aux mouvements de l'opinion, et qu'il lui arrive de forcer la main aux législateurs pour faire advenir des évolutions souhaitées par l'opinion, devant lesquelles ils renâclent. Ne peut-on pas présenter alors le juge constitutionnel comme un acteur à part entière dans le dialogue entre les pouvoirs publics et l'opinion publique ? Certains imaginent de suivre cette piste en associant l'opinion au travail de la justice constitutionnelle, au moyen de jurys constitutionnels tirés au sort. Pierre Brunet analyse les propositions – exotiques, vues de France, mais intéressantes – de Horacio Spector et Eric Gosh, mettant en évidence leurs faiblesses.

2° La deuxième voie, plus évidente, consiste à sortir purement et simplement de la difficulté contre-majoritaire, en assumant l'objection sur laquelle elle repose : oui, le juge est bien un obstacle à la démocratie ; mais cet obstacle est légitime, car il y a des valeurs plus élevées que la démocratie, qui doivent être défendues contre elle : la protection de la minorité contre la majorité (suivant l'antienne libérale : tout pouvoir trop grand est mauvais, qu'il repose dans les mains d'un seul, de quelques-uns ou de tous, la tyrannie de la majorité n'étant pas moins détestable que la tyrannie d'un seul), ou la protection des droits fondamentaux de l'individu contre les pouvoirs.

III

Un troisième problème important est celui des moyens : étant admis qu'il faut protéger la Constitution, pourquoi serait-ce à un organe juridictionnel dédié de le faire ? Certes, on peut noter avec Kelsen, cité par Véronique Champeil-Desplats, qu'il est plus logique de confier la protection de la Constitution à un tiers impartial, soit un juge constitutionnel distinct, qu'à un acteur du jeu constitutionnel, comme le Chef de l'État, car ce dernier se trouverait alors en position de juge et partie. Mais par-delà cette évidence, la confiance spontanée qu'inspire le juge pour assurer une telle mission s'explique sans doute aussi par la procédure rassurante propre aux juridictions (collégialité, procédure contradictoire, motivation), et plus généralement par la sagesse qu'on prête intuitivement aux juges. Le juge, note Véronique Champeil-Desplats¹⁹, dans l'imaginaire collectif, est un sage ; il connaît le monde social et l'opinion publique, il cultive le recul par rapport aux passions politiques,

¹⁸ J. BOUDON, « Le constitutionnalisme populaire aux États-Unis à la fin du 19^e siècle et au début du 20^e siècle », p. 149-158.

¹⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Garantir les droits et libertés constitutionnels a-t-il un sens ? », p. 85.

il a le sens de la justice et du consensus, etc. Cette image avantageuse est entretenue par les intéressés, avec une emphase parfois déconcertante – Guillaume Tusseau cite les propos d’Aharon Barak, ancien Président de la Cour Suprême israélienne, pour qui

juger n’est pas seulement un métier, mais un mode de vie. C’est un mode de vie qui n’inclut ni la recherche de la richesse matérielle ni la publicité ; c’est un mode de vie fondé sur la richesse spirituelle ; c’est un mode de vie qui implique une quête objective et impartiale de la vérité²⁰.

Les débats américains, étudiés par Julien Boudon et Quentin Epron, offrent pourtant de sérieuses raisons de mettre en question ce privilège naturel du juge pour protéger la constitution. Quentin Epron fait ainsi le point sur les thèses du « départementalisme américain » (terme issu du livre d’Edward S. Corfin paru en 1938, *Court over Constitution*), courant qui défend l’idée suivante : chacune des trois branches du pouvoir ayant fait le serment de mettre en œuvre la constitution, chacune a vocation, à ce titre, à l’interpréter et à faire valoir son point de vue contre les autres. Dans ces conditions, il n’y a pas de raison pour que l’organe juridictionnel soit l’interprète par excellence de la constitution.

Les thèses départementalistes dans l’histoire constitutionnelle américaine partent de ce présupposé : l’interprétation de la Constitution n’a pas à être le fait ou le privilège d’une seule des trois branches, mais elle doit être au contraire partagée entre elles²¹.

Ce sera la ligne d’Andrew Jackson en 1832 :

Le Congrès, l’Exécutif et la Cour doivent chacun pour soi être guidés par leur propre opinion de la Constitution. Tout agent du gouvernement qui prête serment de soutenir la Constitution, jure qu’il la soutiendra telle qu’il la comprend, et non telle qu’elle est comprise par d’autres. C’est tout autant le devoir de la chambre des représentants, du Sénat et du Président de décider de la constitutionnalité d’un projet de loi ou d’une résolution lorsqu’il leur est présenté pour être adopté, que des juges de la Cour suprême lorsqu’il leur est soumis pour rendre une décision de justice²².

C’est un droit, et même un devoir, pour chacune des branches, de tenir à l’interprétation qu’elle croit juste, et de l’opposer aux autres afin de protéger la constitution ; sans quoi il n’y aurait plus de séparation des pouvoirs puisque l’une des branches, se présentant comme l’interprète suprême, dominerait les autres et pourrait leur imposer ses ingérences. « L’opinion qui donne aux juges le droit de décider quelles lois sont constitutionnelles, lesquelles ne le sont pas, non seulement pour eux-mêmes dans leur propre domaine d’action, mais également pour la Législature et l’Exécutif, dans leurs propres sphères, ferait du pouvoir judiciaire une branche despotique », conclut Jefferson²³.

²⁰ G. TUSSEAU, « Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire : un triple appel à la prudence », p. 203.

²¹ Q. EPRON, « Comment comprendre le départementalisme américain ? », p. 163.

²² Message du 10 juillet 1832, cité par Q. EPRON, p. 164.

²³ Lettre de Jefferson à Abigail Adams, épouse de John Adams, cité par Q. EPRON, « Comment comprendre le départementalisme américain ? », p. 164.

Toute la difficulté, cependant, est de savoir comment sortir d'un conflit : si les branches sont à égalité et qu'aucune ne veut plier, on ne voit pas d'issue possible. C'est pourquoi Hamilton jugeait indispensable en dernière analyse que le pouvoir du dernier mot réside dans une branche, en l'occurrence la Cour suprême, conformément à la volonté du Constituant de 1787. La doctrine départementaliste, elle, paraît ne pas résoudre la difficulté, « la possibilité qu'il y ait des conflits [étant] laissée à l'appréciation des acteurs de la Constitution, au mouvement spontané de la politique et à son indétermination²⁴ ».

Le détour par ces débats permet de rappeler que protéger la Constitution consiste aussi, et avant tout, à protéger la distribution des pouvoirs décidée par le constituant – question sur laquelle revient Gilles Marmasse à travers une comparaison entre les conceptions de Montesquieu et Hegel sur la division des pouvoirs –, et à empêcher un pouvoir constitué d'aller au-delà des bornes que lui a fixées la Constitution. Historiquement, n'est-ce pas la première finalité du contrôle de constitutionnalité ? « Une constitution consistant essentiellement en une répartition des pouvoirs, l'idée de protéger celle-ci revient d'abord et avant tout à garantir la séparation des pouvoirs », écrit Arnaud Le Pillouer²⁵. Tel était l'objectif du jury constitutionnaire de Sieyès, des projets de conventions périodiques des révolutionnaires français, ou de Madison dans la série des *Fédéralistes* n° 48 à 51, où il conclut que le meilleur rempart de la séparation des pouvoirs consiste à « aménager la structure intérieure du gouvernement de façon à ce que ses différentes parties constitutives puissent, par leurs relations mutuelles, avoir les moyens de maintenir chacune d'entre elles à sa place propre²⁶ ».

Le débat sur le meilleur moyen de protéger la Constitution – par le juge ou par tous les organes constitués – est-il donc susceptible d'une réponse définitive, qui refermerait la controverse ? Il est possible que toutes les spéculations abstraites sur le sujet n'aient qu'un intérêt limité, suggère Guillaume Tusseau, en suivant une objection d'Adrian Vermeule. Peut-être n'y a-t-il pas de solution abstraite idéale, valable universellement, mais seulement des institutions concrètes, à étudier cas par cas.

L'ampleur et la richesse des débats de philosophie politique et juridique démontrent à l'envi qu'aucune discussion théorique et abstraite ne peut offrir de preuve définitive et générale en faveur de la supériorité des juges ou de celles des législateurs [...] Une pure enquête conceptuelle et générale semble inappropriée [...] Elle doit nécessairement être complétée par une enquête de type empirique²⁷.

*
**

Protection de la constitution contre les révisions, problème démocratique du contrôle de constitutionnalité, vocation des cours constitutionnelles à assurer la protection de la constitution : voilà trois questions sur lesquelles les contributions

²⁴ Q. EPRON, « Comment comprendre le départementalisme américain ? », p. 164.

²⁵ A. LE PILLOUER, « Introduction », p. 8.

²⁶ *Le Fédéraliste*, n° 51, cité par Q. EPRON, « Comment comprendre le départementalisme américain ? », p. 163.

²⁷ G. TUSSEAU, « Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire : un triple appel à la prudence », p. 195.

de ce volume offrent un éclairage très stimulant. Elles ne sont pas les seules ; les amateurs de théorie du droit, par exemple, se reporteront avec profit aux remarques de Véronique Champeil-Desplats et Guillaume Tusseau, et surtout à la riche présentation par Thomas Hochmann des thèses d'Adolf Merkl sur la prise en compte des défauts des normes (*Fehlerkalkül*), complément théorique censé corriger un point faible de la conception kelsénienne.

Un grand mérite du volume apparaît alors : sa diversité d'approches, à la fois théoriques, voire philosophiques, et pratiques, ou du moins concrètes (voir l'étude de Mauro Barberis sur les vicissitudes de la protection de la constitution à l'ère du danger terroriste²⁸). De même, les points de vue sont aussi bien français (voir l'analyse par Jean-François Lafaix de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence administrative française²⁹) qu'étrangers, avec des aperçus instructifs sur les débats italiens (Isabelle Boucobza, Véronique Champeil-Desplats) et américains (Guillaume Tusseau, Pierre Brunet), qui permettent au lecteur de monter en généralité et d'avoir une vision large et complète des problèmes. Ce volume captivant remplit ainsi parfaitement les deux buts qu'il se propose : l'un, enrichir la connaissance du lecteur sur le problème de la protection de la constitution ; l'autre, malicieusement indiqué par l'organisateur du colloque dans son introduction, inspirer au lecteur « le sentiment d'être davantage saisi par le doute à la fin de ce volume qu'en l'en-tamant³⁰ ».

Bernard Quiriny

Professeur de droit public à l'Université de Bourgogne (CREDESPO).

²⁸ M. BARBERIS, « Défendre la Constitution : liberté, sûreté, sécurité », p. 93-104.

²⁹ J.-F. LAFaix, « Le juge administratif et la séparation des pouvoirs », p. 17-34.

³⁰ A. LE PILLOUER, « Introduction », p. 12.

**T. Pasquiet-Briand, *La réception
de la Constitution anglaise au XIX^e siècle.*
*Étude du droit politique français****

Tanguy Pasquiet-Briand, pour qualifier la réception française de la Constitution anglaise, parle d'un dédale à la fois interprétatif et volontariste. On tient là peut-être une des raisons du volume impressionnant de la thèse qui entend en rendre compte. À certains égards, il s'agit presque d'un cours général d'histoire constitutionnelle de la France entre 1815 et 1875 tant les attentes et les passions politiques soulevées par l'idée de parlementarisme couvrent tous les débats politiques et constitutionnels de la période. Elle est à la mesure des attentes d'une société qui espère stabiliser ses institutions après la Révolution. La richesse de l'ouvrage et de ses analyses, mais aussi un style assez touffu et de nombreuses répétitions défient un peu le compte-rendu.

La thèse soutenue est pourtant assez claire. Au lecteur pressé et à celui qui recherche une réponse simple, on pourrait recommander de lire les nombreuses introductions et conclusions des chapitres, titres et parties de cette thèse. Au prix de répétitions, il profitera des mises au point et résumés qui permettent de suivre le fil d'un ouvrage serré car très informé. Ce lecteur manquerait les richesses appréciables de l'ouvrage. Ceux qui prendront le temps nécessaire y trouveront un bilan des recherches contemporaines sur le modèle parlementaire anglais et sa compréhension en dehors d'Angleterre. Loin de s'en tenir à l'approche étroitement institutionnelle d'un modèle qui n'est généralement pas compris, l'auteur mobilise efficacement, au-delà des seules analyses constitutionnelles, l'histoire politique et l'histoire des idées. À l'image des Doctrinaires qui tiennent une place centrale dans cette thèse, T. Pasquiet-Briand choisit de raconter une histoire plutôt que d'élaborer une synthèse abstraite. Il suit, par là, le modèle anglais bien plutôt que les manies françaises, choix méthodologique qui est aussi une option politico-constitutionnelle fondamentale : la modération politique se raconte plutôt qu'elle ne construit abstraitement ses institutions. On l'a compris, l'ouvrage se présente comme une synthèse à la lumière des travaux anciens et nouveaux sur le parlementarisme en France et comme une étude de droit politique qui, selon ses propres termes, apporte au droit constitutionnel un facteur évolutif. L'histoire des idées tient une place essentielle dans cette thèse. L'ampleur des lectures est remarquable. Au-delà des auteurs connus et attendus, on saura gré à ce travail de nous donner accès à tous les écrivains oubliés ou de seconde zone car ils sont, en réalité, le véritable test de la réception du « modèle anglais ». Toutes les grandes familles politiques de la première moitié du XIX^e siècle sont ainsi passées en revue. Le caractère approfondi,

* Tanguy PASQUIET-BRIAND, *La réception de la Constitution anglaise au XIX^e siècle. Étude du droit politique français*, préf. Ph. Raynaud, Paris, Institut universitaire Varenne, LGDJ, 958 p.

la finesse des analyses produites et les nombreuses formules heureuses ou brillantes qui émaillent le propos de T. Pasquiel-Briand permettent de saisir les nuances nombreuses au sein de chacune d'entre elles.

Peut-on risquer de synthétiser les résultats de la thèse autour de trois affirmations ?

a) Les représentations du régime parlementaire en France reposent sur une illusion ou un modèle anglais factice. La fascination durable et exceptionnelle pour le parlementarisme anglais ne doit pas masquer qu'il s'agit d'un « modèle-miroir ». Il renvoie à chacun de ceux qui l'interroge l'image qu'il désire, chacun, – légitimiste, libéral, orléaniste, doctrinaire –, y trouve ce qu'il cherche. La « réception » devient en réalité une construction, fruit de « projections nationales » et de « modélisations déformantes ». Jennings soupçonnait les auteurs français de trouver en Angleterre ce qu'ils cherchaient ou voulaient trouver. Pour analyser ce curieux travail dans lequel la réalité mouvante du parlementarisme anglais n'est jamais vraiment saisie sinon avec retard et décalage, T. Pasquiel-Briand se livre à une étude de droit politique dans laquelle l'histoire politique, les idées jouent un rôle aussi important que l'analyse proprement institutionnelle. Le goût pour la synthèse théorique et abstraite de la tradition constitutionnelle française est précisément une des causes de l'incompréhension du caractère dynamique du régime politique anglais.

b) La promotion du « parlementarisme à l'anglaise » repose sur un projet politique de modération destiné à stabiliser le régime politique de la France post-révolutionnaire. Il va au-delà de la seule garantie des libertés contre le pouvoir, choix politique du libéralisme individualiste, pour chercher à modeler une société constituée tout entière sur la modération. Ce modèle anglais fascine une société harassée d'instabilités politiques et de révolutions.

c) Alors que la constitution anglaise n'a pas été un véritable modèle institutionnel faute d'avoir été bien analysée et comprise comme régime parlementaire, elle a pourtant fait l'objet d'une réception efficace mais en tant que modèle de civilisation. Ce paradoxe s'explique si on distingue l'approche purement institutionnelle d'une approche de droit politique à laquelle se rattache la thèse. Le modèle de « civilisation » qui pénètre véritablement dans la culture politique et constitutionnelle française est celui de la modération par le conservatisme réformiste. Le régime parlementaire devient en France l'expression institutionnelle de cette quête de stabilité et de modération des institutions. En lui donnant une coloration institutionnelle plus que sociale, l'auteur adopte une vision large de ce conservatisme libéral au XIX^e siècle qui permet d'englober les républicains modérés et de relier la Troisième République à cette influence anglaise. Celle-ci est rapidement devenue le monde des conventions de la constitution, hommage le plus éclatant à son modèle.

Pour explorer cette « réception » si particulière, la thèse la partage en deux aspects : elle est la matrice historique de la modération politique, elle est aussi la matrice théorique du conservatisme politique. Cette distinction de l'histoire et de la théorie correspond en même temps à une distinction dans le temps entre la période de la première Restauration et celle de la Monarchie de Juillet et du milieu du XIX^e siècle.

La première partie est centrée sur la recherche d'un modèle de modération politique, faisant une large place au débat d'idées qui suit 1815 partagé entre la fabrication du mythe libéral de la constitution anglaise et l'appropriation traditionaliste de cette dernière. B. Constant tient une place centrale, mais elle est soigneusement distinguée de celle des autres libéraux, notamment de Madame de Staël placée sous

le signe d'une narration romantique de la Constitution anglaise, mais distinguée aussi d'une postérité de Montesquieu qui permet d'évoquer nombre d'auteurs oubliés ou secondaires comme Charles His ou J.F. Frisell. Pour le traditionalisme, on y retrouve des auteurs aussi différents que Vitrolles – dont l'intelligence de la réalité du régime parlementaire anglais reste unique – ou Chateaubriand, Maistre et Bonald. Une telle variété d'approches dans cette dernière famille politique montre une fois de plus que le « modèle anglais » sert d'appui à des attentes assez peu compatibles entre elles. Une admiration les réunit néanmoins, celle de « la puissance conservatrice de l'aristocratie politique anglaise ». Une fois décrite cette anglomanie française, T. Pasquiel-Briand montre dans un second titre combien celle-ci « a travesti son objet d'admiration pour le rendre conforme à ses aspirations ». L'évolution du fonctionnement des institutions anglaises n'a pas été perçue en raison d'une inintelligence de la nature de cette constitution mais plus encore d'un aveuglement volontaire. La thèse souligne, bien sûr, combien il est difficile de modéliser une constitution coutumière relevant d'une culture étrangère. Ainsi, la doctrine française n'a pas réceptionné le tournant moniste du parlementarisme anglais au moment de l'avènement de la reine Victoria, elle est restée rivée à la vision dualiste diffusée sous la Restauration. L'obscurité du modèle anglais s'accroît de « l'irréductible particularité du régime politique français ». Avec vigueur, T. Pasquiel-Briand dénonce l'erreur des publicistes français contemporains qui persistent à attribuer à la Restauration l'origine du régime parlementaire. Il s'agirait rien moins que d'« une invention militante ». On ne peut parler, pour cette époque, que de « parlementarisme sporadique ». C'est l'impensé de la responsabilité politique, complété par une insuffisante structuration partisane, qui justifie ce jugement. Au terme de cette première partie l'auteur conclut dans une formule significative que la période de 1815 à 1848 ne représente qu'« un laboratoire d'expérimentation parlementariste ». Il y a bien « une irréductible particularité du régime politique français », tenant en particulier à la reconstruction d'une monarchie dans laquelle le roi conserve un pouvoir d'intervention, perdu à la même époque en Angleterre. La pratique de la Monarchie de Juillet nous montre un laboratoire du parlementarisme, non un véritable régime parlementaire.

La seconde partie correspond historiquement à la partie centrale du XIX^e siècle. La question n'est plus seulement celle de la modération du pouvoir et de la garantie des droits et libertés, mais celle, plus purement politique encore, de la théorisation du conservatisme politique. À suivre la thèse de T. Pasquiel-Briand, ce serait là que résiderait la véritable acculturation française par le modèle de la Constitution anglaise. De ce point de vue, le travail essentiel est fourni par les Doctrinaires. Mieux que d'autres, ils ont compris que les institutions politiques anglaises étaient inimitables et que c'est un modèle de civilisation qu'il fallait plutôt suivre et incorporer dans la culture française. Cette réhabilitation des Doctrinaires est une des thèses fortes de ce travail. C'est à eux qu'il faut attribuer un regard neuf sur ce qui constitue l'originalité et la valeur du modèle anglais. Ce n'est pas seulement un modèle d'équilibre des pouvoirs capable de neutraliser leur puissance, mais plus essentiellement un modèle de conservation par la protection de l'ordre social et politique. La Constitution anglaise est comprise comme un esprit de liberté et de conservation. Les Doctrinaires procèdent à une sublimation de la modération politique anglaise dans laquelle toute innovation est rattachée à la tradition, fondant ainsi le conservatisme politique. Une telle compréhension de la Constitution anglaise doit évidemment beaucoup à l'introduction en France au même moment des thèses historicistes de Savigny. La philosophie de l'histoire du Guizot historien donne une lecture « providentialiste » de la constitution historique de l'Angleterre. Celle-ci devient histoire et loi de l'histoire et elle révèle en miroir l'état et l'avenir de la

civilisation française. La thèse, sous la formule curieuse de « morphologie civilisationnelle », y trouve l'occasion de pages fouillées sur le libéralisme conservateur qu'une certaine empathie rend très intéressantes. Le conservatisme politique naît « d'une stylisation particulière de la Constitution anglaise » dans laquelle les Doctrinaires tiennent une place essentielle. Elle leur permet de présenter leur synthèse de l'ordre et de la liberté plus clairement que les libéraux classiques attachés en priorité à la liberté. T. Pasquier-Briand pose et traite de façon très intéressante la question de savoir si les Doctrinaires sont encore des libéraux. Leur anti-individualisme est mis en cause qui montre, contrairement à un B. Constant, que la liberté ne fonde pas l'ordre politique. La puissance du modèle construit par les Doctrinaires vient essentiellement de ce que, sceptiques à l'égard d'un modèle institutionnel inimitable, ils s'intéressent à la constitution historique de la nation anglaise et au rôle qu'y joue une aristocratie ouverte. Plus que des règles juridiques ou un modèle institutionnel, ils transmettent un modèle sociologique dont la plasticité et la capacité d'adaptation va se prouver en surmontant les différences formelles de régime, qu'il soit monarchique, impérial ou républicain. La puissance de cette synthèse viendrait de ce qu'elle propose une fondation historique et non plus théorique de la continuité de l'ordre politique. Le régime parlementaire constitue cette unité de l'exercice du pouvoir qui dépasse les formes de régime. Un Laboulaye sous l'Empire et au début de la République « incruste une intelligence non écrite du droit constitutionnel » dans lequel la constitution sociale primerait la constitution politique. Thiers concourt, pour sa part, à cette acculturation du modèle parlementaire de l'orléanisme politique en s'attachant mieux que les autres à en donner les formes institutionnelles. C'est lui qui fige le modèle institutionnel de la monarchie représentative. En théorisant ce qu'on a appelé plus tard le parlementarisme moniste, il se prépare à le proposer aussi à la République : des ministres désignés en cohérence avec la majorité de la Chambre basse. Ainsi l'œuvre des Doctrinaires, entendus en un sens large, aura été d'implanter en France une représentation « civilisationnelle » plutôt qu'institutionnelle de la Constitution anglaise qui traverse les régimes au point que T. Pasquier-Briand constate au début de la Troisième République qu'on cesse de l'invoquer tellement ce modèle a été intériorisé. Elle peut se résumer ainsi : « la réalisation de la liberté dans l'ordre par la réforme prudente du régime politique qu'exige la démocratie. » Le modèle anglais s'est donc montré capable de survivre aux mutations constitutionnelles françaises. La thèse montre de façon convaincante comment la modération politique à la façon anglaise subsiste dans la Seconde République. Avec le retour du parti de l'Ordre, on voit resurgir l'esprit de modération qui, en fin de compte, établit « un parlementarisme dualiste à prédominance parlementaire ». Sous le Second Empire, le libéralisme conservateur trouve à se développer contre le pouvoir personnel de l'Empereur. Il réunit, à cet effet, orléanistes et doctrinaires, mais aussi légitimistes et républicains. Il prouve une universalité certaine de la formule parlementaire qu'il défend. Louis Blanc adhère de Londres au modèle transactionnel anglais. Prévost-Paradol est la grande figure de cette systématisation institutionnelle du gouvernement parlementaire. La preuve de cette implantation définitive dans le paysage politique français du modèle « prudentiel » anglais est apportée à la fin du siècle par deux grands théoriciens, de tendance politique pourtant assez différente : Boutmy plus nettement historiciste et Esmein républicanisant le modèle anglais par la synthèse de la modération institutionnelle et de l'universalisme libéral de la Révolution. À lui reviendrait la fixation dogmatique du gouvernement parlementaire sous sa forme dualiste par le moyen d'un discours prescriptif qui confond théorie et pratique afin de sanctuariser le gouvernement parlementaire de la Troisième République. Tellement assuré de la puissance du « modèle anglais » élaboré sous la Monarchie de

Juillet, T. Pasquiel-Briand en vient à soutenir l'idée que Boutmy comme Esmein veulent perpétuer la stabilité de la monarchie constitutionnelle tout en consacrant la démocratie inéluctable.

*
**

Une thèse sur la réception de la Constitution anglaise porte nécessairement aussi sur l'origine et le développement du régime parlementaire en France. Ce travail repose très largement sur une histoire des idées politiques et constitutionnelles. À prendre au sérieux les résultats d'une telle enquête, la question du rôle des idées dans l'établissement du régime parlementaire et le développement de ses institutions – comme probablement de tout régime constitutionnel – nous confronte à un paradoxe. Jamais l'écart entre le texte et la pratique et plus encore entre le texte et les idées ne s'est exprimé plus fortement. T. Pasquiel-Briand a suffisamment analysé l'effet de « modèle-miroir » pour que la prudence s'impose sur le rôle que les idées ont pu avoir dans l'établissement du régime parlementaire en France. Comment attribuer à des idées erronées sur la Constitution anglaise un rôle fondateur du régime parlementaire en France ? Le type de constitutionnalisme qui sert de modèle et l'analyse en termes de droit politique permettent de donner une réponse plus sereine. Ces idées, même profondément erronées, expriment une attente politique de la société française. La perplexité n'est due qu'à une conception étroitement institutionnelle et juridique d'une tradition de droit écrit, renforcée en droit constitutionnel par l'expérience révolutionnaire. C'est précisément ce que le modèle anglais permet d'écarter par sa conception coutumière du droit et ce qu'ont compris certaines des élites françaises au XIX^e siècle. Il est vrai qu'une telle compréhension ne se sépare pas d'un « libéralisme conservateur » comme le montre la thèse. La conservation et le réformisme, pour peu qu'ils soient d'abord entendus de façon politique et institutionnelle, conviennent constitutionnellement à tous ceux qui veulent stabiliser les structures politiques de la société française, le régime parlementaire devient la construction qui rassemble monarchistes et républicains. Au gré des conventions de la constitution, les institutions sont capables de s'adapter à de nouvelles conjonctures politiques tout en durant pour l'essentiel. Les républicains succèdent sans douleur – institutionnelle du moins – à l'élite orléaniste et le régime parlementaire fait la preuve de sa plasticité. Telle serait la véritable leçon de la Constitution anglaise.

Patrice Rolland

Professeur émérite de l'Université Paris-Est Créteil Val de Marne

Mémoires



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Le système de gouvernement de Vichy à la lumière de la pratique institutionnelle

Annette De Moura

Mémoire de Master 2 – Droit public approfondi

Sous la direction du Professeur Olivier BEAUD

2017/2018

SOMMAIRE

Propos introductif.....	332
Partie 1. Le gouvernement de Vichy sous l'autorité paternaliste de Pétain (1940-1942).....	337
Titre 1. La volonté du chef de l'État comme origine et finalité du régime	337
Titre 2. L'unicité de l'autorité nuancée par les rapports de force internes et externes au gouvernement.....	351
Partie 2. Le nouveau visage de l'État français : la révolution copernicienne de l'année 1942	367
Titre 1. Les nouveaux ancrages du régime dans la « dictature » Laval	367
Titre 2. Concentration des pouvoirs et dilution de la souveraineté : la dialectique de la collaboration.....	379
Propos conclusifs	393
Bibliographie	395

PROPOS INTRODUCTIF *

Le 25 avril 2012, l'État a agi devant le tribunal de grande instance de Paris, revendiquant la propriété de trois-cent-treize brouillons de télégrammes rédigés sous la plume du Général de Gaulle, entre le 11 décembre 1940 et le 11 décembre 1942. Par renvoi préjudiciel, l'affaire a été élevée devant le Conseil d'État pour connaître de la qualité d'archives publiques de ces écrits – ces dernières étant définies par la loi comme les documents « procédant de l'activité de l'État »¹. Par conséquent, afin de déterminer le bien-fondé de la demande des pouvoirs publics, faut-il au préalable déterminer si les écrits produits par de Gaulle dans cette période sont des actes de l'État. Par un arrêt d'Assemblée, le Conseil d'État s'est prononcé le 13 avril 2018², fondant sa décision sur l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental. Il a ainsi considéré que :

la France libre et la France combattante, et, par suite, le Comité français de la libération nationale et le Gouvernement provisoire de la République française, ont été, à compter du 16 juin 1940, dépositaires de la souveraineté nationale et ont assuré la continuité de la République.

Et de conclure que les documents litigieux avaient de ce fait la qualité d'archives publiques. Dès lors, à supposer que la souveraineté soit envisagée suivant la définition bodinienne de puissance une et indivisible, cette décision implique de considérer *a contrario* que le régime de Vichy n'a jamais été dépositaire de la souveraineté nationale. Le Conseil d'État prend cependant le soin de préciser que cet arrêt du 13 avril est « sans incidence » sur la jurisprudence antérieure relative aux agissements du « gouvernement de l'État français », à savoir le régime de Vichy. Ce gouvernement constitue, pour le juge administratif, une « autorité de fait », dont les documents produits sont également regardés comme des archives publiques et dont les agissements peuvent engager la responsabilité de l'État. Cette jurisprudence tout à fait récente témoigne des enjeux très particuliers de cette période historique dont l'appréhension juridique soulève toujours des difficultés.

L'existence du régime de Vichy est intégralement corrélée à la configuration politique de la Seconde Guerre mondiale. La déroute militaire française face à l'offensive allemande lancée sur le front Ouest, au début de l'année 1940, en constitue les prémices. P. Reynaud, alors chef du gouvernement, a invité le Maréchal Pétain à rejoindre le gouvernement. Il est devenu Vice-Président du Conseil le 18 mai 1940. Sa nomination eut l'effet escompté de « raviver le moral des Français »³, tant il

* Cette publication est une version légèrement remaniée d'un mémoire mené dans le cadre du Master II Recherche de Droit public approfondi de l'Université Paris II Panthéon-Assas sous la direction de Monsieur le Professeur Olivier Beaud et soutenu en juin 2018. L'auteur tient à remercier les évaluateurs de la revue pour leurs relecture et conseils pour sa reprise en vue de sa publication.

¹ Définition qui figure à l'art. 3 de la loi du 3 janvier 1979 et codifiée à l'article L. 211-4 du code du patrimoine.

² Conseil d'État, Ass., 13 avril 2018, *Association du Musée des lettres et manuscrits et autres*, Req. n° 410939.

³ J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Armand Colin, 9^e éd., 2001, p. 591.

évoquait dans la mémoire collective le visage héroïque de la Première Guerre mondiale. Pourtant, la position de Pétain différait de celle défendue par le gouvernement d'alors. Face à la volonté du président du Conseil – et de la majorité de ses ministres et secrétaires d'État dont Charles de Gaulle – de poursuivre la guerre, Pétain militait pour la fin des hostilités. Sentant son autorité faiblir au fil du temps, au profit de celle du Maréchal Pétain, Reynaud présenta sa démission le 16 juin 1940. Le Président de la République, Albert Lebrun, nomma alors Pétain président du Conseil. Son nouveau gouvernement – le dernier de la III^e République – acquiesça à l'idée d'une cessation des combats avec l'Allemagne, signa la convention d'armistice le 22 juin. Celle-ci a constitué, comme le note l'historien H. Rousso, « le cadre fondamental » du Gouvernement français¹.

La France est certes – juridiquement – toujours considérée souveraine sur l'ensemble du territoire, mais les trois cinquièmes de la métropole sont occupés². Le territoire métropolitain est en effet divisé en deux parties par la ligne de démarcation définie unilatéralement par l'Allemagne³. Cette ligne de démarcation distingue en métropole la zone dite « libre » au Sud, dans laquelle vivent dix-sept millions de personnes, de la zone occupée au Nord, où quelque quarante millions de Français sont soumis aux ordres des autorités d'occupation. C'est en zone Sud seulement que le gouvernement français est considéré pleinement libre de conduire sa politique et de commander sa population. Eu égard à son objet, la présente étude se limitera donc à cette zone, car, comme l'explique R. Rémond, « si l'on vise à saisir l'essence du régime, si l'on se propose de discerner ses traits originaux, nul doute qu'il ne faille les chercher dans cette partie de la France où subsiste une apparence de liberté »⁴. La liberté du gouvernement y est effectivement relativement plus étendue qu'en zone Nord, même si elle relève bien souvent de rapports de force complexes avec l'Allemagne. Les autorités du III^e Reich ont en effet largement outrepassé les conditions posées par l'armistice. Cela d'autant plus que l'occupation allemande s'est également étendue en zone « libre », à partir du 11 novembre 1942, suite au débarquement des Alliés en Afrique du Nord. Le régime de Vichy a alors été contraint d'adapter son organisation face aux événements, comme en témoigne l'adoption de deux actes constitutionnels, en novembre 1942, par lesquels Pétain a transféré à Laval l'essentiel de ses pouvoirs propres dont celui de faire la loi. Certains juristes tel M. Prélot ont assimilé ce bouleversement institutionnel à la naissance d'un nouveau régime.

À cet égard, il convient de rappeler la naissance du « premier » régime de Vichy issu de l'adoption de la loi du 10 juillet 1940 par l'Assemblée nationale de la III^e République. Ce vote est l'œuvre fondamentale de Laval, entré au sein du gouvernement de Pétain le 22 juin 1940. Laval a réuni le Sénat et la Chambre basse en session extraordinaire le 9 juillet, et a écarté toutes les difficultés juridiques qui se sont

¹ H. ROUSSO, *Le régime de Vichy*, Paris, PUF, 2016, p. 12-16.

² M. O. BARUCH, *Servir l'État français : l'administration en France de 1940 à 1944*, Thèse, dirigée par J. AZÉMA, I.E.P., 1996, p. 85-92.

³ Elle « partait de la frontière espagnole à l'Est de Hendaye pour remonter à l'Est de Bordeaux, Angoulême et Poitiers s'incurvait brusquement vers l'Est au Sud de Tours, passait par Moulins et Châlon-sur-Saône atteignait enfin au Nord de Genève, la Suisse », voir E. JÄCKEL tel que cité par M. O. BARUCH, *ibid.*

⁴ R. RÉMOND, *Le gouvernement de Vichy 1940-1942*, Armand Colin, F.N.S.P., 1972, p. 13.

présentées pour justifier la validité de la révision constitutionnelle. La loi du 10 juillet 1940 est ainsi votée et adoptée à une large majorité de cinq cent soixante-neuf voix favorables contre quatre-vingts défavorables. Elle comporte un article unique rédigé dans les termes suivants :

L'Assemblée nationale donne tous pouvoirs au Gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain à l'effet de promulguer par un ou plusieurs actes une nouvelle constitution de l'État français. Cette constitution devra garantir les droits du travail, de la famille et de la patrie. Elle sera ratifiée par la Nation et appliquée par les Assemblées qu'elle aura créées¹.

Le lendemain, le 11 juillet, le Maréchal Pétain adopta les trois premiers actes constitutionnels du nouveau régime de l'État français. Ceux-ci consacrent la réunion en la personne du chef de l'État de tous les pouvoirs de la puissance publique. Une telle fonction sera occupée par Pétain en vertu de l'acte I qu'il a lui-même édicté. Cette auto-attribution révèle au passage l'un des traits caractéristiques du nouveau régime autoritaire qu'est l'apanage de Pétain du pouvoir constituant. Celui-ci, dans son œuvre constituante, s'est manifestement inspiré du régime politique portugais de l'époque. À cet égard, l'analyse comparée du régime de Vichy avec la dictature salazariste mériterait un commentaire propre tant leur similitude est frappante. Ils partagent en effet une commune opposition au parlementarisme et au communisme, et prétendent rétablir des principes considérés « traditionnels », par l'instauration d'un « État nouveau » au Portugal, et par l'entreprise de la « Révolution nationale » pour le régime de Vichy. Celle-ci entend ancrer la nouvelle Constitution non plus sur les valeurs posées par la Révolution française de 1789 – considérées source de la décadence sociale et de la défaite de 1940 –, mais sur un retour aux principes qui lui sont antérieurs.

Une différence essentielle distingue toutefois ces deux régimes et tient à ce que l'État français connaît une lourde occupation militaire quand le régime salazariste n'est soumis à aucune volonté étrangère. En effet, si le régime de Vichy figure comme l'un de ceux dont les pouvoirs sont les plus « concentrés » de l'histoire constitutionnelle française, il est sans doute aussi celui à qui l'autonomie a fait le plus grand défaut. Ainsi que le relève subtilement M. Cointet, « la liberté d'action est moins grande que ne le laisserait supposer le concept d'autorité »². La domination étrangère pose nombre d'obstacles à la prise de décision des hommes du régime. Cependant, même si le régime de Vichy n'a « jamais eu une autorité politique propre », le réduisant sans doute à « un État vassal ou protégé », il « n'en appartient pas moins à notre histoire constitutionnelle »³. Les conséquences de l'occupation seront donc appréhendées, dans la mesure du possible, lorsqu'elles interféreront avec le système de gouvernement de Vichy.

¹ D. RÉMY, *Les lois de Vichy*, Paris, Romillat, 1992, p. 31-32.

² M. COINTET, *Le Conseil national de Vichy 1940-1944*, Paris, Amateurs de livre, 1989, p. 3.

³ M. PRÉLOT, « La révision & les actes constitutionnels : la figure politique et juridique du chef de l'État français », in R. RÉMOND (dir.), *Le gouvernement de Vichy (1940-1942)*, Armand Colin, F.N.S.P., 1972, p. 36.

Concernant cette notion même de « système de gouvernement », plusieurs précisions s'imposent. L'étude du « système de gouvernement » s'entend généralement par contraste avec l'étude du « droit de la constitution »¹. Car elle vise l'analyse de « l'exercice du pouvoir décisionnel »² et prend pour objet la Constitution « vivante » ou « réelle », par opposition à la Constitution « écrite » ou « idéale » à laquelle la pratique politique est rarement fidèle. Le système de gouvernement n'est toutefois pas hermétique au droit de la constitution. Le comportement des pouvoirs constitués découle souvent du cadre constitutionnel défini par la Constitution formelle, et de la distribution du pouvoir politique qu'elle consacre. Il est cependant des conduites purement politiques dont la source ne figure pas dans le texte. En conséquence, l'étude du système de gouvernement suppose, d'une part, une lecture des textes constitutionnels – en l'occurrence ici des actes constitutionnels – en combinant leurs différentes dispositions, afin de saisir la dynamique d'ensemble qui découle de la volonté constituante et, d'autre part, la pratique politique qui apparaîtra en concordance ou en décalage avec le texte. Concernant le régime de Vichy, l'absence d'harmonie entre les actes constitutionnels adoptés au coup par coup par Pétain n'est pas propice au développement d'un système gouvernemental cohérent. Pétain a institué un régime transitoire et « révolutionnaire » car il considère la Révolution nationale comme un prérequis à l'adoption d'une nouvelle Constitution. Les actes constitutionnels offrent dès lors un cadre minimal et plastique aux institutions que Pétain a fréquemment remodelées. Les actes constitutionnels renferment ainsi une série de « compromis dilatoires », pour reprendre une célèbre formule du juriste controversé, C. Schmitt, car aucun ordre constitutionnel n'est clairement défini. La grande souplesse des actes constitutionnels explique en partie la diversité des systèmes de gouvernement qui se sont succédé au fil du régime.

À ce titre, nous soulignons tout l'intérêt de l'étude de la pratique institutionnelle dans l'éclaircissement du fonctionnement du gouvernement de Vichy. P. Avril considérerait d'ailleurs que « la pratique fournit en matière constitutionnelle l'équivalent ordinaire de la jurisprudence, car c'est à travers l'application que se révèle la signification des textes et qu'il est possible d'appréhender le droit positif »³. Les textes constitutionnels succincts et imprécis ne permettent pas de comprendre à eux seuls le fonctionnement du régime et, moins encore, l'influence de l'occupant sur le gouvernement. Cependant, une telle étude présente des difficultés au regard des sources, car les informations qui nous intéressent – comme les rapports de force au sein du gouvernement – ne sont de fait que rarement perceptibles au travers des documents écrits. D'ailleurs, le lecteur ne sera pas étonné de ne voir figurer aucune référence à des procès-verbaux de conseils des ministres pour la simple raison qu'ils n'existaient pas sous le régime de Vichy. Le présent article s'appuie principalement sur des notes et rapports ministériels mais également sur les travaux des historiens et les mémoires de quelques figures clés du régime qui demeurent très instructives même si nous ne pouvons garantir leur fiabilité. En dépit de ces difficultés méthodologiques, nous demeurons convaincue de l'intérêt de l'étude de la

¹ A. LE DIVELLEC, « Le prince inapprivoisé. de l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e république (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre "droit de la constitution" et système de gouvernement) », *Droits*, vol. 44, n° 2, 2006, p. 101-138.

² P. AVRIL, J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2016, *op. cit.*, p. 56-57.

³ P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution. (Normes non écrites du droit politique)*, Paris, PUF, 1997, p. 124-125.

pratique, qui dévoile la relative indépendance du Maréchal Pétain – contrairement à ce que laisserait croire la seule lecture des actes constitutionnels – tant vis-à-vis des hommes qui l’entourent qu’à l’égard des autorités d’occupation.

Ces quelques éléments reflètent notre interrogation générale ; celle-ci a consisté à saisir en quoi l’analyse des actes constitutionnels et de la vie institutionnelle du régime de Vichy permet de distinguer plusieurs systèmes de gouvernement dont la succession témoigne de l’ingérence croissante de la puissance occupante. Dans un premier temps, Pétain – de par les compétences qu’il s’est lui-même attribuées – représente le cœur du régime de Vichy. Il incarne l’autorité la plus éminente dans l’État, bien qu’il délègue nombre de ses attributions à son entourage politique (Partie 1). En revanche, à partir de 1942, l’arrivée de P. Laval offre un nouveau visage à l’État français. Pétain est progressivement mis à l’écart de la conduite effective des affaires de l’État qui s’oriente vers l’intensification de la collaboration. L’influence allemande, déjà notable dans les premières années du régime, va s’accroître encore davantage (Partie 2).

PARTIE 1
LE GOUVERNEMENT DE VICHY
SOUS L'AUTORITÉ PATERNALISTE DE PÉTAİN (1940-1942)

Du régime de Vichy, il ressort la figure centrale du Maréchal Pétain. Il a en effet incarné l'État français de 1940 à 1944. Et de son image de chef, il est resté dans la mémoire collective le souvenir d'un dictateur. Formellement, le chef de l'État est au cœur des institutions. Il en est également la source puisqu'il œuvre à la construction d'un nouveau régime en adoptant seul des actes constitutionnels. Il se perçoit donc comme le guide des Français vers le nouvel ordre, mais également au sein de ce nouvel ordre qu'il entend instituer (Titre 1). Toutefois, s'il ne fait aucun doute que le régime fut autoritaire, il convient d'interroger la place qu'occupait véritablement Pétain. Et, il se trouve qu'à l'étude de la vie politique et institutionnelle de l'époque, l'autorité du chef de l'État est relativisée tant par l'influence de son entourage sur ses décisions que par la contrainte allemande qui orientait ses choix politiques (Titre 2).

Titre 1. La volonté du chef de l'État comme origine et finalité du régime

Le cadre normatif du régime de Vichy, dans les premiers mois du moins, est très fidèle à la volonté exprimée par le chef de l'État. Les premiers actes constitutionnels ont posé les jalons d'un ordre nouveau. Le Chef de l'État dessine et redessine les institutions de l'ancienne République pour les adapter au nouveau modèle autoritaire. Pétain va ainsi éliminer les contre-pouvoirs et y substituer une nébuleuse de conseils suivant un modèle pyramidal et technocratique (Chapitre 2). C'est donc bien la volonté du Maréchal Pétain qui est à l'œuvre, mais c'est une volonté contrariée, car elle institue l'un des régimes les plus autoritaires qu'ait connus la France en même temps qu'elle entraîne son assujettissement à une volonté étrangère : la puissance occupante (Chapitre 1).

Chapitre 1. La volonté contrariée de Pétain à l'origine du nouveau régime

Pétain, avant d'être le chef de l'État français, était président du Conseil sous la III^e République. Il a succédé à P. Reynaud, après avoir convaincu les ministres de l'époque de la nécessité de conclure l'armistice avec l'Allemagne. Cependant, l'armistice tant souhaité a ôté toute indépendance à la France (Section 1). Et, alors que le pays est inféodé à la volonté de l'occupant sur bien des aspects, le chef de l'État a concentré ses pouvoirs. Cette ambivalence entre soumission externe de l'État français et autoritarisme interne du pouvoir constitue une clé de lecture incontournable des institutions du régime de Vichy (Section 2).

Section 1. La convention d'armistice : le nouveau cadre du gouvernement

Le régime de Vichy est fondamentalement associé à la convention d'armistice. Il fut institué quelques semaines seulement après son entrée en vigueur, et partage avec elle le fait de procéder de la volonté du Maréchal Pétain. L'armistice a en effet

été conclu à son initiative sous l'empire de la III^e République. À l'origine, nous l'avons évoqué, Pétain est nommé le 18 mai 1940 Vice-Président du Conseil par Reynaud. Il entre au sein d'un gouvernement en crise qui tente de parer l'avancée militaire allemande au Nord de la France. Dans ce contexte, Pétain a pris le parti du généralissime Weygand¹, s'opposant ainsi à la majorité du gouvernement et à Reynaud. Il a affirmé en ce sens les 12 et 13 juin, lors de deux conseils des ministres, la nécessité de cesser les hostilités et de négocier l'armistice avec l'ennemi². Or, la majorité des ministres restait favorable à un départ en Afrique du Nord. Le Maréchal Pétain tenta alors un coup de force. Le 16 juin, il lut sa lettre de démission au Conseil des ministres, ce qui eut pour conséquence d'inverser la majorité ministérielle en sa faveur. Reynaud présenta donc sa démission³ et Lebrun nomma Pétain à la Présidence du Conseil. Notons que cette date du 16 juin 1940 fut celle retenue par l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine, pour marquer la rupture avec l'ordre républicain – date à laquelle le régime de Vichy n'est pourtant pas encore instauré. Ainsi, l'ordonnance de 1944 rejette dans l'illégalité la décision de conclure la convention d'armistice qui s'impose avec la promotion de Pétain. Car dès le 17 juin, le gouvernement français a demandé les conditions d'un armistice à Hitler. Et, le 22 juin, la convention d'armistice⁴ sera signée. Elle ne comprend que vingt-quatre articles – tous définis unilatéralement par l'Allemagne. Elle consacre d'abord la cessation des hostilités (art. 1) dont l'effectivité est garantie par le désarmement et la démobilisation de l'armée française (art. 4). Une part infime de ces forces reste néanmoins en service aux fins d'assurer l'ordre intérieur, mais c'est l'Allemagne qui déterminera « leurs effectifs et leurs armes ». Ainsi, le III^e Reich se réserve le droit de contrôler l'armement des troupes laissées « à la disposition du Gouvernement français »⁵. De même, la flotte française passera presque intégralement sous contrôle allemand.

Ce déséquilibre en faveur de l'Occupant est également consacré au dernier article de la convention, car l'Allemagne se réserve le droit exclusif de la dénoncer « à tout moment » si le Gouvernement français n'en respecte pas les dispositions. La convention d'armistice réduit par conséquent considérablement l'indépendance du gouvernement français en matière de politique étrangère, car aucun moyen ou presque de la mener à bien ne lui est laissé en propre. Le III^e Reich s'est de surcroît arrogé le contrôle direct des trois-cinquièmes de la France métropolitaine, disposant par là même d'une zone dépassant largement ses conquêtes militaires réalisées au 22 juin 1940. Il supervise par ailleurs indirectement la politique du gouvernement français en zone libre par les contraintes qu'il lui a imposées en matière budgétaire. De fait, l'État Français est tenu de verser quotidiennement à l'Allemagne la somme de cent millions de francs au titre des « frais d'entretien des troupes d'occupation allemande »⁶. Et concernant l'économie du pays, « la reprise du trafic

¹ Ce qui signifie chef suprême des armées de l'État.

² H. LONGUECHAUD, « *L'abominable* » armistice de juin 1940, Paris, Plon, 1980, p. 35.

³ J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions...*, op. cit., p. 594.

⁴ Le texte intégral de la convention est reproduit sur ce site [<http://mjp.univ-perp.fr/france/1940armistice.htm>] (consulté le 2 mai 2018).

⁵ Article 6 de la convention susmentionnée.

⁶ Article 18 de la convention susmentionnée.

commercial sera subordonnée à l'autorisation préalable du Gouvernement allemand ou italien »¹. Les « valeurs et stocks se trouvant en territoire occupé » ne seront en outre plus à la disposition du gouvernement français qui ne pourra en jouir qu'après autorisation allemande. Les conditions de l'armistice sont, de toute évidence, accablantes pour la France, qui, dans le domaine militaire et économique, est inféodée à la volonté de l'occupant. Enfin, au niveau politique, le gouvernement en zone libre ne possède plus ses réseaux de communication soumis à une réglementation spéciale du III^e Reich. Autrement dit, l'Allemagne contrôle les annonces du gouvernement français et de manière générale toute l'information diffusée en France.

Ainsi, à partir de ces quelques conditions posées par la convention d'armistice, il est possible de saisir l'ampleur des contraintes qui pèsent sur le gouvernement français, à partir de juin 1940. Ces obligations sont par ailleurs toujours susceptibles d'être étendues, car la convention a institué une « Commission d'armistice allemande » qui agit « sous les ordres du Haut-Commandement allemand » et transmet ses « ordres d'exécution » au gouvernement français par l'intermédiaire de sa délégation². Autant le préciser, les conditions déjà sévères de la convention seront largement complétées par les directives de la Commission. Par conséquent, l'armistice voulu par Pétain, comme unique solution politique souhaitable à la déroute militaire française de juin 1940, va lier et contraindre jusqu'à son terme le régime de Vichy. Elle formera le cadre juridique à l'intérieur duquel évoluera le gouvernement vichyssois et constituera l'origine de la politique de collaboration souvent datée de la rencontre de Montoire, entre Pétain et Hitler, le 24 octobre 1940³.

Après l'entrée en vigueur de la convention d'armistice, le régime de Vichy va se substituer à la III^e République avec l'investiture parlementaire de Pétain, le 10 juillet 1940, et l'adoption des premiers actes constitutionnels le lendemain. Ceux-ci, au demeurant très succincts, laissent entrevoir la nature autoritaire du nouveau régime.

Section 2. Le choix d'un régime autoritaire révélé par les actes constitutionnels

Comme nous l'avons déjà évoqué, l'Assemblée nationale a conféré au gouvernement de la République, par la loi du 10 juillet 1940, la mission d'établir une nouvelle Constitution sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain⁴. Celle-ci ne sera jamais établie. Cependant, une série d'actes constitutionnels du I^{er} au numéro XII bis seront adoptés entre le 11 juillet 1940 et le 26 novembre 1942. Ces actes « ne sont pas des parties détachées de la nouvelle constitution, publiées par anticipation.

¹ Article 11 de la convention susmentionnée.

² Article 22 de la convention susmentionnée.

³ La convention d'armistice mentionne en son article 3 la « *collaboration* ». Mais il s'agit alors de rapports cordiaux pour assurer la bonne administration du territoire. Après Montoire, la collaboration prend un sens plus politique et plus étroit.

⁴ L'étude du pouvoir constituant du Maréchal Pétain est envisagée plus loin, voir. Partie 2, Titre 2, Chap. 2, Section 1, §1, p. 120.

Ils établissent, dans le minimum indispensable, un régime gouvernemental provisoire et d'attente »¹. Autrement dit, ces actes constitutionnels ne réalisent pas l'objectif fixé par la loi du 10 juillet 1940, mais ils définissent un cadre institutionnel transitoire. Pétain estime en effet que la nouvelle Constitution ne pourra être élaborée qu'une fois la Révolution nationale accomplie. Situait l'origine du marasme français dans la Révolution française de 1789², Pétain conçoit le gouvernement de Vichy comme un gouvernement « révolutionnaire » contre la Révolution.

Les actes constitutionnels ne permettent pas de comprendre à eux seuls le fonctionnement du régime de Vichy, car ils relèvent, suivant les termes de C. Schmitt, de la catégorie des « lois constitutionnelles ». Contrairement à la Constitution qui exprime le choix d'un régime politique, les lois constitutionnelles n'ont de constitutionnel que la forme³. Le régime de Vichy ne résulte pas du choix d'un régime politique mais prépare ce choix. Les actes constitutionnels adoptés sont donc des lois constitutionnelles en ce qu'ils ne fixent jamais un régime politique définitif. Ils seront d'ailleurs largement amendés par Pétain et certains se succéderont en parfaite contradiction. L'étude de la pratique institutionnelle s'avère par conséquent incontournable à la compréhension du gouvernement de Vichy. D'ailleurs, seuls deux actes constitutionnels⁴ concernent le gouvernement, les actes XI et XII, adoptés les 18 avril et 26 novembre 1942 – soit deux ans après l'instauration du régime.

Les premiers actes constitutionnels concernent principalement le chef de l'État. Ainsi, dès le 11 juillet 1940, l'acte I fait du Maréchal Pétain le « chef de l'État français » et l'acte II détermine l'étendue de son pouvoir⁵. Et, si aucun acte constitutionnel avant 1942 n'a précisé les compétences d'une autre institution, c'est parce que le chef de l'État les réunit pour l'essentiel en sa personne. En effet, il « exerce le pouvoir législatif, en Conseil des ministres ». La ponctuation a son importance car le véritable titulaire du pouvoir législatif, c'est bien le chef de l'État. Les ministres l'assistent simplement dans sa tâche. Il est en revanche expressément prévu que le pouvoir de faire la loi reviendra aux assemblées quand elles seront instituées. Mais, outre le fait qu'elles ne le seront jamais, déjà des dérogations à l'exercice de leur fonction sont prévues. Il est ainsi précisé qu'en cas « de tension extérieure ou de crise intérieure grave, sur sa seule décision et dans la même forme », le chef de l'État fait la loi.

Ainsi, le chef de l'État qui fait la loi et qui décide *de* et *dans* l'exception revêt les caractères tant bodinien que schmittien de la souveraineté. Les actes constitutionnels en font le représentant suprême de l'État français. Il ne rencontre aucune opposition et détient même, par surcroît, « la plénitude du pouvoir gouvernemental » (art. 1). Une telle expression interpelle, car elle rompt avec la terminologie constitutionnelle classique⁶. Mais elle traduit la volonté d'attribuer au chef de l'État le

¹ J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France : les actes constitutionnels de 1940-1942*, Recueil Sirey, Paris, 1942, p. 45.

² Nous renvoyons sur ce point au mémoire de L. TERRACOL, « La doctrine constitutionnelle du régime de Vichy », *Juspoliticum*, n° 19, janvier 2018.

³ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 2017, p. 141 et s.

⁴ Il existe tout de même des lois relatives au fonctionnement du gouvernement, comme nous le verrons dans les développements suivants.

⁵ *J.O. du 12 juillet 1940*, p. 4517.

⁶ J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France...*, *op. cit.*, p. 74.

pouvoir le plus exclusif et le plus étendu au sein de l'organe exécutif. Bien qu'entouré en effet de « ministres et secrétaires d'État », le chef d'État détient seul la fonction exécutive. Les autres membres de l'organe exécutif exercent des compétences qui ne leur sont pas juridiquement attribuées. M. Prélôt précise d'ailleurs que le chef d'État sous Vichy a le droit « de tout faire soit seul directement soit par l'intermédiaire de ses ministres soumis à ses ordres et à son contrôle »¹. Les membres du gouvernement sont par conséquent réduits au rôle de conseiller, que Pétain « nomme et révoque » à sa guise, car ceux-ci ne sont « responsables que devant lui ». L'essentiel des mécanismes parlementaires, que sont la forme bicéphale de l'organe exécutif et la responsabilité politique des ministres devant une assemblée représentative, sont donc exclus. Les ministres sous Vichy ont une position similaire aux « ministres du roi », sous l'Ancien Régime, en ce qu'ils sont liés à Pétain par un engagement personnel – ainsi que le prévoit l'acte constitutionnel VII du 27 janvier 1941² qui impose aux premiers de prêter serment de fidélité au second.

La conclusion de cette brève présentation des pouvoirs du chef de l'État, déterminés par les actes constitutionnels, trouve sa parfaite expression dans les mots de Du Moulin de Labarthète, directeur du cabinet civil, qui indiquait que Pétain réunissait « sur sa tête – sans d'ailleurs les confondre – le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir constituant, cumul de souveraineté dont l'histoire n'offrait pas de précédents »³. L'absence de contre-pouvoirs institutionnels au chef de l'État constitue l'essence autoritaire du régime. Pétain ne rencontre en effet aucune résistance, du moins au sein de l'État français, car il bénéficie d'une totale immunité politique et judiciaire. Une telle concentration de pouvoir autour du chef de l'État se présente comme le miroir inversé des institutions de la III^e République. Pourtant, à la lecture des actes constitutionnels, celle-ci n'a jamais été expressément abrogée⁴. Un indice figure tout de même au sein du premier acte constitutionnel, adopté le 11 juillet 1940, qui précise que « l'article 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 est abrogé »⁵. Cette disposition est fondamentale car elle entraîne, d'une part, la suppression de la fonction du Président de la République A. Lebrun et, d'autre part, en ce qu'elle emporte l'abrogation de « l'amendement Wallon » qui instituait « la première et la seule mention de la forme républicaine du gouvernement (jusqu'en 1884) »⁶. À partir de cet article, certains auteurs – dont D. Rémy – ont conclu à un renversement de la République. Cependant, il figure à l'acte constitutionnel suivant relatif aux pouvoirs du chef de l'État, adopté le même jour, une formule curieuse qui précise que « sont abrogées toutes les dispositions des lois constitutionnelles des 24 février 1875 et 16 juillet 1875 incompatibles avec le présent acte ». Cet article laisse entendre *a contrario* que les dispositions qui ne sont pas contraires aux nouveaux pouvoirs du chef de l'État restent en vigueur.

¹ M. PRÉLOT, art. cité, p. 32.

² J.O. du 28 janvier 1941, p. 449.

³ H. DU MOULIN DE LABARTHÈTE, *Le temps des illusions*, Genève, Cheval Ailé, 1946, p. 110.

⁴ Sur la transition constitutionnelle voir notamment E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, L.G.D.J., 2005.

⁵ J.O. du 12 juillet 1940, p. 4517.

⁶ D. RÉMY, *Les lois de Vichy*, op. cit., p. 40.

La III^e République n'est donc pas formellement renversée. Mais sans doute eut-il été délicat d'y mettre fin explicitement, car l'origine légale du régime de Vichy réside dans une loi républicaine. Il n'en demeure pas moins que Pétain s'opposait au régime républicain tout imprégné qu'il était, d'après lui, de l'idéologie libérale des Lumières. Ainsi, Pétain prit le titre de « chef de l'État français » et non de « Président de la République ». Cette dénomination appelle quelques commentaires. Comme le note en effet J. Laferrière, l'emploi de l'expression « chef de l'État français » est tout à fait inédite dans l'histoire constitutionnelle française. Il est possible de rencontrer l'expression sans le qualificatif « français », mais souvent le chef d'État était « muni par ailleurs d'un titre, Roi, Président de la République, Empereur, tiré de la forme du régime »¹. Pétain n'a qu'un seul titre, celui de chef de l'État français, qui « désormais n'est pas seulement celui qui préside, mais celui qui décide »². Plus largement, ce titre est caractéristique de la période de transition voulue par Pétain. De fait, en 1940, il ne reste plus pour Pétain que l'État nu auquel on a ôté l'habit républicain et dont le costume du nouveau régime est encore trop grand. Sans régime politique clairement défini, la dénomination « chef de l'État français » apparaît la plus adéquate par sa neutralité.

Le Chef de l'État est le guide dans la transition constitutionnelle. À cet égard, Pétain envisage le redressement national par l'exclusion de « l'ennemi ». « Ennemi » – le terme est radical, mais il prend tout son sens quand on observe l'hostilité dont a fait preuve le gouvernement de Vichy à l'encontre des individus considérés « impropres » au nouvel ordre français. Ainsi, le droit sert-il la répression des gaullistes (loi du 23 juillet 1940), des francs-maçons (loi du 13 août 1940), des communistes (loi du 14 août 1941) et des Juifs. Du fait de la perspective qui est la nôtre, nous n'étudierons pas le contenu de ces lois, mais nous envisagerons le rôle de Pétain dans la désignation et le traitement de ces ennemis. En ce qui concerne les « dissidents » et les communistes, leur destin a été réuni par Pétain dans le discours du « vent mauvais » du 12 août 1941. Il traduit, pour A. Simonin, « l'inflexion répressive du régime de Vichy » qui entre dans un « état de guerre civil fictif »³. Il est prévu la création d'un conseil de Justice politique⁴ pour juger « les responsables du désastre ». Or, de son propre aveu, J. Barthélémy, garde des Sceaux de l'époque, apprit l'existence de ce projet – qui le concernait pourtant au premier chef – seulement au moment de la diffusion du discours du chef de l'État. Il n'avait pas été averti par Pétain⁵. Le Conseil des ministres n'avait pas été entendu. J. Barthélémy affirme que ce discours a été discuté dans un conseil plus restreint, entre Pétain, son directeur de cabinet civil, Du Moulin, et son Vice-Président du Conseil, l'Amiral Darlan.

¹ J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France...*, op. cit., p. 70.

² *Ibid.*

³ A. SIMONIN, *Le déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité 1791-1958*, Paris, Grasset, 2008, p. 383. Anne SIMONIN relève avec justesse que le discours du vent mauvais a entraîné l'adoption de la loi du 14 septembre 1941 aggravant l'état de siège (en vigueur depuis septembre 1939).

⁴ Le conseil de justice politique a pour fonction de proposer au Maréchal des sanctions éventuelles contre ceux qui ont été déferés à la Cour Suprême de Riom.

⁵ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943*, Paris, Pygmalion, 1989, p. 146 et s.

Concernant les Juifs, l'antisémitisme de Pétain ne fait aucun doute¹. Lorsque l'exclusion des Juifs de certaines professions était discutée, Pétain a lui-même ajouté, sur les projets de lois qui lui étaient proposés par le gouvernement, une liste de professions supplémentaires qui devaient être épurées. Cet antisémitisme a pu revêtir des formes particulières résultant des convictions du chef de l'État. Pétain a ainsi tenu à retirer du statut des Juifs et à exonérer des obligations de recensement, les israélites ayant le statut d'anciens combattants². Plus étonnant, le régime de Vichy a continué de traquer un autre ennemi : les espions allemands, qui seront poursuivis jusqu'en décembre 1943. Pour l'historien Kitson, à ne pas s'y méprendre, « l'activité anti-allemande des services spéciaux entre dans une optique vichyste »³, car le gouvernement en avait connaissance et ne s'y opposait pas. L'armistice n'a pas fait de l'Allemagne une nation amie du régime de Vichy, du moins dans les premières années du régime. Du reste, la place de Pétain dans l'épuration institutionnalisée a été consacrée par l'acte constitutionnel VII, qui lui confère une autorité judiciaire vis-à-vis des « secrétaires d'État, hauts dignitaires et hauts fonctionnaires de l'État »⁴, personnellement responsables devant lui⁵. Pétain pouvait infliger des sanctions, en cas de trahison, revêtant pour certaines un caractère pénal et étant de surcroît particulièrement graves par leur portée. Il pouvait, par exemple, prononcer la détention dans une enceinte fortifiée de manière purement arbitraire. La matière pénale tend ici à se confondre avec la matière constitutionnelle dans une sorte de « droit pénal de l'ennemi » – tel que l'a théorisé G. Jakobs –, car c'est le chef de l'État – véritable représentant du régime – qui condamne pénalement les ennemis politiques du nouvel ordre constitutionnel à instituer.

Le Maréchal Pétain « incarne le régime de Vichy à lui seul »⁶ – régime qui s'inscrit ainsi dans la catégorie des monocraties. Il ne rencontre en interne aucune opposition, car toutes les institutions concurrentes sont devenues ses fidèles conseils.

Chapitre 2. L'élimination des contre-pouvoirs au profit des conseils

Le régime de Vichy – bien que né de l'adoption, par l'Assemblée nationale, de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 – a totalement exclu les parlementaires du pouvoir. Une institution sera créée, le Conseil national – témoin d'une conception nouvelle de la représentation (Section 1). Du reste, le travail parlementaire de confection des lois sera en partie confié au Conseil d'État – signe d'une vision nouvelle de la loi (Section 2).

Section 1. Des parlementaires éclipsés par le Conseil national

La loi du 10 juillet 1940 constitue l'acte de naissance du régime de Vichy. Elle marque également la mort temporaire de l'organe délibérant, consacrée par l'acte

¹ Dans la « malle Pétain » A.N. 2AG/618 et 415/AP, nombre de documents témoignent de l'antisémitisme assumé du chef de l'État dans les échanges internes au gouvernement.

² Voir note de X. VALLAT adressée au chef de l'État, n° 1828/SG, A.N. 2AG/501.

³ S. KITSON, *Vichy et la chasse aux espions nazis. 1940-1942 : complexités de la politique de collaboration*, Autrement, 2005, p. 170-191.

⁴ Même si leur charge est achevée depuis moins de dix ans.

⁵ Mesures appliquées contre Blum, Daladier et Gamelin – voir J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943*, op. cit., p. 239-242.

⁶ H. ROUSSO, *Le régime de Vichy*, op. cit., p. 29.

III du 11 juillet 1940, qui précise que « le Sénat et la Chambre des députés sont ajournés jusqu'à nouvel ordre. Ils ne pourront se réunir que sur convocation du chef de l'État ». Le Parlement est suspendu. Il ne sera jamais convoqué par Pétain¹, qui détient par l'acte constitutionnel II « toutes les attributions que la Constitution de 1875 réservait aux chambres »². Le principe est donc inversé. Les chambres sont suspendues et exceptionnellement, si besoin est, elles peuvent être convoquées. Il s'agit là d'une évidente rupture avec le régime précédent de souveraineté du Parlement³. Les chambres sont ainsi passées, dans une brève période, d'institutions centrales d'un régime à l'accessoire d'un autre. Mais les parlementaires ont, dans un premier temps, maintenu officieusement leur réunion. La loi du 21 février 1941 relative à la mission des parlementaires permettait par ailleurs aux ministres d'investir un ou plusieurs députés de missions temporaires pour le compte du gouvernement.

Mais progressivement, ils seront totalement exclus de la vie politique, comme en témoigne notamment l'acte constitutionnel VI du 1^{er} décembre 1940 qui permet « la déchéance d'un député ou d'un sénateur » par décret. Les motifs du recours à la déchéance – bien que non définis – renvoient à l'expulsion des juifs⁴ et des déserteurs, de ceux qui ont fui le territoire français sans raison particulière⁵. Cette mise à l'écart était prévisible, car Pétain « se méfiait des parlementaires »⁶. Déjà en tant que Président du Conseil, il n'avait pas jugé opportun de consulter les Chambres au sujet de l'armistice. Et, si, dans le premier gouvernement du régime de Vichy, certains secrétaires d'État détenaient un mandat parlementaire, le premier remaniement ministériel de septembre 1940 les a tous exclus, à l'exception de Laval. Pétain préférait s'entourer de techniciens, d'experts, plutôt que de politiciens⁷. Il n'avait en effet pas besoin que soit discutée sa politique concernant la direction à donner à la France, mais que l'on exécutât la ligne qu'il avait dessinée. La réduction du rôle politique des ministres s'inscrit dans la même logique. Ceux-ci ne sont plus que les « chefs du bureau d'état-major »⁸ de Pétain – seule source de leur légitimité.

Avec l'exclusion des parlementaires, le peuple ne bénéficie plus d'aucun représentant élu suivant la fiction représentative établie sous la Révolution française, par Sieyès. Le peuple est désormais incarné par le Maréchal Pétain. Mais, comme

¹ Pétain a souhaité les réunir en novembre 1943 mais il en a été empêché. Voir *Partie 2, Titre 2, chap. 2, p. 119*.

² J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France...*, *op. cit.*, p. 54.

³ R. CAPITANT, « Le conflit de la souveraineté parlementaire et de la souveraineté populaire en France depuis la Libération », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1954, p. 153 et s.

⁴ Décret du 19 novembre 1941 sur le fondement du statut des Juifs du 2 juin 1941 a déchu trois sénateurs et neuf députés juifs dont Pierre Bloch, Léon Blum et Georges Mandel.

⁵ *J.O. du 4 décembre 1940*, p. 5958.

⁶ M. O. BARUCH, *Servir l'État français...*, *op. cit.*, p. 72.

⁷ *Ibid.*, p. 73.

⁸ J. CARCOPINO, *Souvenirs de sept ans 1937-1944*, Paris, Flammarion, 1993, p. 299.

le souligne M. Cointet, même « un régime autoritaire ne peut pas se couper complètement de son opinion publique »¹, d'autant plus que celle-ci fait l'objet de différentes politiques de propagandes : celle de l'Allemagne, celle du régime et celle de la Résistance. Afin d'orienter le soutien populaire exclusivement vers le régime, la loi du 30 août 1940² a instauré la Légion française des combattants³, présidée par Pétain. Les légionnaires, les « yeux et les oreilles du Maréchal » présents sur l'ensemble du territoire, renseignaient Pétain sur l'opinion publique, tout comme ils tentaient d'enraciner les idées de la Révolution Nationale. Pétain était également informé de l'état de l'opinion par les rapports des préfets⁴. Tous ces dispositifs n'indiquaient pas, cependant, le sentiment de la population sur les réformes à venir. Ils étaient en outre très fragmentaires et ne donnaient pas une photographie de l'opinion dans son ensemble. Une nouvelle institution a donc vu le jour avec la loi du 22 janvier 1941⁵, le Conseil National. Certains auteurs le présentent comme un « substitut au Parlement dont les sessions sont suspendues »⁶, car dès sa mise en place, les indemnités parlementaires ont été supprimées par la loi du 11 août 1941, tout comme les réunions de ses bureaux. Il lui est préféré une assemblée consultative, instituée pour donner des avis sur les réformes envisagées, à partir des aspirations de l'opinion publique. Le peuple est ainsi « représenté » par le Conseil national, dans la mesure où celui-ci fournit un « panel » des principaux groupes sociaux qui composent le paysage social français, ou plutôt une certaine élite sociale. Ses membres sont redevables du chef de l'État qui les a nommés par décret. Le 22 janvier 1941, Pétain a ainsi désigné ses deux-cent treize membres⁷ dont soixante-dix-sept parlementaires.

Pétain redoutait tout de même de voir se constituer au sein du Conseil National un « embryon de représentation nationale ou un noyau d'opposition critique »⁸. Et, pour se prémunir d'un tel « risque », la loi du 22 janvier 1941 prévoit plusieurs garanties. D'abord, le Conseil National ne peut s'auto-saisir et ne dispose d'aucun pouvoir d'initiative⁹. Ensuite, lorsqu'il est saisi d'une question par le chef d'État, sa réponse prend la forme d'un avis purement consultatif. Toute tentative d'émancipation du Conseil vis-à-vis du gouvernement est par ailleurs annihilée par le principe de « gratuité des fonctions de membre du Conseil National »¹⁰ – l'indemnité versée à ses membres étant limitée à la durée du siège¹¹. Les séances étaient privées, et les membres du Conseil soumis au secret des délibérations. Précisons cependant qu'un tel assujettissement du Conseil National n'était pas prévu par son promoteur,

¹ M. COINET, *Le Conseil national de Vichy 1940-1944*, op. cit., p. 11.

² J.O. du 30 août 1940, p. 4845.

³ Il s'agit de la fusion de toutes les associations d'Anciens combattants. Elle doit assister les pouvoirs publics.

⁴ Dossiers du Docteur MÉNÉTREL, chef du secrétariat particulier (1940 – 1944), A.N. 2AG/79.

⁵ J.O. du 24 janvier 1941, p. 366.

⁶ M. COINET, *Le Conseil national de Vichy 1940-1944*, op. cit., p. 47.

⁷ J.O. du 24 janvier 1941, p. 371.

⁸ M. PRÉLOT, art. cité, p. 34.

⁹ Tels que le précisent les deux premiers articles du décret du 22 mars 1941, J.O. du 24 mars 1941, p. 1290.

¹⁰ Ordre du jour du Conseil de cabinet, A.N. F60/588.

¹¹ J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France...*, op. cit., p. 61.

P. E. Flandin, ancien parlementaire et membre du gouvernement, depuis décembre 1940. Comme le précise M. Cointet, il existe des « contradictions entre les intentions des créateurs du Conseil National, Pierre-Etienne Flandin, le Maréchal Pétain, l'Amiral Darlan¹ qui ont chacun une idée du Conseil national idéal »². Contrairement à Flandin, Pétain ne voit pas dans cette institution un moyen d'affirmer les valeurs républicaines, mais une manière de dynamiser la Révolution nationale, en y associant l'élite sociale. Par conséquent, si, malgré ses craintes, Pétain a concédé à Flandin la création d'une assemblée consultative, il s'emploiera à ce qu'elle fonctionne suivant son vœu, comme un conseil. Du Moulin de Labarthète explique ainsi que « le Maréchal qui se méfiait des assemblées mais qui raffolait des petits conseils s'ingénia à répartir ses membres en un certain nombre de commissions »³. Dès lors, même si le règlement du Conseil national du 22 mars 1941 prévoit des réunions en assemblée plénière, en pratique, elles n'ont jamais eu lieu. Les membres du Conseil National n'ont statué qu'en commissions – tenant lieu de comités techniques sur une question particulière – tels que par exemple la commission des provinces, la commission d'information générale et surtout la commission constitutionnelle pour assister Pétain dans sa tâche constituante. Le Chef d'État transmettait ses directives aux présidents de chaque commission qu'il nommait. Le Conseil National a émis une pluralité d'avis, entre les mois de mars 1941 et de novembre 1942. Il ne se réunira plus ensuite et sera supprimé en février 1943. Cette suppression s'explique par le « basculement institutionnel » de l'année 1942, qui donne un tout autre esprit au régime (voir *infra*).

Ainsi, le Conseil National, durant sa période d'activités, a constitué une pièce du « puzzle » des conseils du Maréchal Pétain. Mais, au regard de ses faibles compétences, il ne se substituait que très partiellement aux commissions parlementaires de la III^e République. Tout autre fut le rôle d'une autre institution : le Conseil d'État.

Section 2. Le Conseil d'État pensé comme substitut aux commissions parlementaires

Le Conseil d'État sous le régime de Vichy⁴ va retrouver une fonction qui lui avait été retirée sous la III^e République, sa fonction consultative. De fait, d'une part, la loi du 20 août 1940 a rétabli sa « section législation », qui avait été supprimée en 1934⁵, et d'autre part, la loi du 18 décembre 1940 a instauré un nouveau statut du Conseil d'État, initié par le garde des Sceaux de l'époque, R. Alibert⁶. Ce statut prévoit que « le Conseil d'État participe à la confection des lois dans les conditions

¹ Darlan y voyait surtout un moyen de réduire l'importance de la Légion. Pétain y accordait beaucoup trop de crédit aux yeux de l'Amiral.

² M. COINTET, *Le Conseil national de Vichy 1940-1944*, op. cit., p. 44.

³ H. DU MOULIN DE LABARTHÈTE, *Le temps des illusions*, op. cit., p. 120.

⁴ Ce paragraphe n'a pas vocation à être exhaustif et renvoie pour davantage de précisions à la thèse de Marc-Olivier BARUCH précitée, à celle de Jean Marcou (réf. note suivante) ainsi qu'à l'article de Jean MASSOT – J. MASSOT, « Le Conseil d'État et le régime de Vichy », *Vingtième siècle, Revue histoire*, n° 58, 1998, p. 83-99.

⁵ J. MARCOU, *Le Conseil d'État sous Vichy (1940-1944)*, Thèse, dirigée par J.-J. GLEIZAL, Université des Sciences Sociales de Grenoble II, 1984, p. 72.

⁶ *J.O. du 22 décembre 1940*, p. 6215.

fixées par la Constitution. Il prépare et rédige les textes qui lui sont demandés, et donne son avis sur les projets établis par le gouvernement » (art. 19). Ainsi, contrairement au Conseil National, il est conféré au Conseil d'État un rôle important dans la réalisation des lois. Le gouvernement a en effet distingué cette institution, du fait de son expertise technique, et lui a confié la rédaction de certaines lois, tout comme il l'a invitée à donner son opinion sur le travail normatif du gouvernement. Plus encore, le Conseil d'État « peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif ou réglementaire » (art. 21). En cela, le rôle du Conseil d'État dépasse celui du Conseil National. J. Marcou, qui a envisagé le rapport de concurrence entre le Conseil d'État et le Conseil National¹, considère toutefois que le second a fait de l'ombre au premier. Il estime en effet que le rôle d'initiative concédé au Conseil d'État, par le statut, est resté lettre morte en raison de la captation par le Conseil National de la fonction de conseiller politique du gouvernement. Le Conseil d'État en était dès lors réduit à sa condition de conseiller juridique. Il semblerait néanmoins que ni l'une ni l'autre de ces institutions n'a eu la place que son statut lui conférerait. Et cela tient à ce que l'organe exécutif – et Pétain au premier chef – envisageait ces institutions comme n'ayant aucune compétence décisionnelle.

Pourtant, le Conseil d'État a été doté de prérogatives qui relevaient auparavant de la compétence des chambres, et plus particulièrement du travail des commissions parlementaires. M. O. Baruch souligne ainsi que le statut du Conseil d'État met en exergue « la fonction de conseil du gouvernement qui était avant dévolue au Sénat »². De même, J. Marcou relève que le Conseil d'État, « atelier d'élaboration des lois », est « en l'absence de toute assemblée législative appelé à assumer une grande part des tâches des commissions parlementaires de la III^e République »³. Cependant, de telles attributions ont été conférées au Conseil d'État dans l'objectif de remplacer le travail parlementaire – jugé « trop politique » – par l'expertise juridique. La politique du pays n'a qu'une seule direction authentique, c'est celle que lui donne le Maréchal Pétain. Par conséquent, les conseils ne lient jamais le chef de l'État, en témoigne les propos de Pétain lui-même pour qui :

Plus le chef, en effet, se sent seul à la tête de l'État, plus est haute sa situation, plus il éprouve le besoin de s'entourer de Conseils. [...] Il est entendu que le chef doit être libre dans sa décision mais lorsqu'il a fait connaître ses intentions, il vous appartient de lui apporter les suggestions que vous croyez utiles, de l'aider à choisir les matériaux et les assembler harmonieusement⁴.

Les conseillers d'État, travaillant au sein de la Section législative, ne sont donc pas les créateurs mais les artisans de la loi. Le chef de l'État reste le détenteur des compétences qu'il leur délègue. La Présidence du Conseil – exercée par Pétain – précisera en ce sens, au travers de circulaires, la nature des « textes de loi ou de décret » devant faire « l'objet d'un examen de la part du Conseil d'État »⁵, ainsi que

¹ J. MARCOU, *Le Conseil d'État sous Vichy (1940-1944)*, op. cit., p. 120 et s.

² M. O. BARUCH, *Servir l'État français...*, op. cit., p. 312-317.

³ J. MARCOU, *Le Conseil d'État sous Vichy (1940-1944)*, op. cit., p. 76.

⁴ Message de Pétain au Conseil d'État du 20 août 1941 (Ph. PÉTAINE, *Quatre années au pouvoir*, Paris, Broché, 1949, p. 116).

⁵ Circulaire du 30 décembre 1940 de la Présidence du Conseil, A.N. F560/52.

les conséquences d'un avis défavorable du Conseil d'État. Une circulaire du 23 décembre 1940 indique que « dans le cas où le Ministre estimerait devoir passer outre un avis défavorable du Conseil d'État, la question *sera évoquée en Conseil des ministres* »¹. On notera l'ingéniosité de la Présidence du Conseil – qui se garantit de ne pas avoir les mains liées par ses propres conseils, en imaginant une alternative à ce qui pourrait paraître un obstacle à son œuvre normative. Cela suppose, d'un autre côté, qu'il existe une sorte de hiérarchie des conseils, établie selon leur degré de proximité du chef de l'État et l'étendue des compétences que celui-ci leur attribue. Cette hiérarchie trouve à s'exprimer lorsque l'avis d'un organe peut être supplanté par celui d'un autre. Le Conseil des ministres a la préférence du Maréchal Pétain pour trancher des questions délicates, car l'élite de l'expertise y statue. Or, parmi elle, figurent notamment des conseillers d'État. Tel est le cas, par exemple, de R. Alibert, garde des Sceaux du 12 juillet 1940 au 27 janvier 1941, et qui est à l'origine de la réforme du statut du Conseil d'État.

Par conséquent, le régime de Vichy a renversé le mouvement « d'émancipation » du Conseil d'État à l'égard du pouvoir exécutif, entamé sous la III^e République. Il est ainsi à nouveau associé à l'exercice du pouvoir, et est même inféodé au gouvernement à différents égards. Le régime s'est néanmoins assuré de sa fidélité par une vague d'épuration. Les individus prétendument hostiles au régime – tels que les Juifs, les francs-maçons et les étrangers – en ont été exclus². À partir du début de l'année 1941, les conseillers d'État ont prêté serment au chef de l'État et lui ont juré fidélité³. Les frontières entre sphère exécutive et Conseil d'État sont devenues de plus en plus poreuses, car « les membres du Conseil d'État ont été brusquement beaucoup plus sollicités qu'avant-guerre pour occuper des postes de cabinets ministériels, d'administration centrale ou préfectorale et ont peu résisté à ces sollicitations »⁴. De deux mises hors cadre avant-guerre, leur nombre passe à quatorze en 1941⁵. Les secrétaires généraux des ministres et les secrétaires d'État, institués par la loi du 15 juillet 1940 à la tête des services ministériels, ont par ailleurs revêtu, de plein droit, la qualité de conseiller d'État.

L'accent mis sur le rôle clé du Conseil d'État, comme maillon de la chaîne législative, doit néanmoins être relativisé. Le Conseil d'État n'a exercé que les compétences que l'exécutif voulait bien lui donner. D. Lochak relève ainsi qu'en dépit de la volonté affichée d'associer le Conseil d'État à la production législative, seul un dixième des textes de lois de la période lui a été soumis pour avis avant publication⁶. En cause, l'inadéquation entre la célérité recherchée par l'exécutif pour bâtir son œuvre normative, grosse à la fin du régime de près de dix-sept mille lois et décrets, et l'allongement de la procédure d'adoption des lois induit par les demandes d'avis du Conseil d'État. En principe, « les réelles réformes de structure » – qui n'étaient pas urgentes – étaient transmises au Conseil d'État pour « nouvelle rédaction »,

¹ Circulaire du 23 décembre 1940 de la Présidence du Conseil, A.N. 2AG/501.

² Au total, dix-sept de ses membres ont été exclus.

³ Imposé par l'acte constitutionnel VII du 27 janvier 1941.

⁴ J. MASSOT, art. cité, p. 87.

⁵ J. MARCOU, *Le Conseil d'État sous Vichy (1940-1944)*, op. cit., p. 155.

⁶ D. LOCHAK, « Le Conseil d'État sous Vichy et le Consiglio di Stato sous le fascisme », in *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 73.

après lecture en Conseil de cabinet et avant d'être soumises à une « troisième lecture en Conseil des ministres »¹. Mais à partir de 1942, avec le retour de Laval et le déménagement du Conseil d'État à Paris, ses compétences seront encore réduites.

Sur un tout autre plan, il résulte de l'absence des commissions parlementaires une signification tout à fait nouvelle de la loi, sous le régime de Vichy. Le Conseil d'État, juge de la légalité, s'est effectivement confronté à une situation nouvelle dans laquelle le chef de l'État détenait, de manière exclusive, le pouvoir de faire la loi et les règlements. Pour D. Rémy, « la concentration du pouvoir normateur a un effet indirect mais certain qui est d'abolir le principe de la hiérarchie des normes juridiques »². Partant, la question qui se pose est celle de l'intérêt de la distinction des normes constitutionnelles, législatives et réglementaires. Sous la III^e République, la qualité de la norme dépendait de l'organe qui l'édicte. La distinction était simple et la hiérarchie des actes correspondait globalement à la hiérarchie des organes de l'État. La loi est l'œuvre du Parlement, comme la Constitution est celle du pouvoir constituant. Concernant le régime de Vichy, et comme l'explique J. Laferrière, pour distinguer la qualité de ces actes, il faut s'en remettre à la « volonté dirigeante » et à la valeur qu'elle souhaitait conférer à la norme, en la qualifiant de loi ou règlement³. La distinction perdure, car elle permet de signifier l'importance d'un acte. D'ailleurs, plus un acte s'écarte du sommet de la hiérarchie matérielle des actes, plus la délégation de compétences concédée par Pétain est importante. Même après 1942, le pouvoir constituant restait un pouvoir propre de Pétain. La loi, adoptée par Pétain, en Conseil des ministres, comportait souvent la signature du chef de l'État et du ou des ministres associés – qui n'étaient pas compétents pour édicter seuls une loi. Enfin, pour les actes réglementaires, ils pouvaient être adoptés par les ministres, sans contreseing du chef de l'État.

Si la hiérarchie des actes, telle qu'elle était conçue sous la III^e République avait été maintenue, cela aurait conduit le Conseil d'État à contrôler tous les actes publiés au Journal Officiel. Pour J. Laferrière, tous les actes doivent être soumis au contrôle du juge, car la distinction entre les normes est purement nominale – le principal critère de la norme demeure l'organe qui l'adopte. L'acte dit « loi » pris par le chef de l'État n'a pas une valeur différente de l'acte dit « décret ». Par conséquent, tous les actes du chef de l'État doivent être soumis au contrôle de légalité du Conseil d'État. Mais cette interprétation n'a pas été retenue. Le Conseil d'État a continué de contrôler les actes dits « réglementaires », et a tenu à l'écart de son prétoire le contrôle des actes dits « constitutionnels » ou dits « lois ». Néanmoins, de nombreuses erreurs ont été commises dans la désignation de la nature des actes. D. Rémy relève que l'acte constitutionnel VII se fonde sur un décret, ce qui est déroutant quand on considère que les actes constitutionnels sont matériellement supérieurs aux actes réglementaires. Du Moulin de Labarthète, directeur du cabinet civil de Pétain, affirme que la hiérarchie des normes échappait au chef de l'État lui-même, comme en atteste ses propos : « c'est à n'y rien comprendre ! On devrait dire décrets législatifs et décrets gouvernementaux »⁴.

Pétain semble mêler à une définition organique de la norme, une distinction matérielle. L'acte est toujours un décret – car il émane de l'exécutif – mais il peut

¹ « Résumé du Conseil de cabinet » du 26 septembre 1940, A.N. F60/588.

² D. RÉMY, *Les lois de Vichy*, op. cit., p. 23.

³ J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France...*, op. cit., p. 171 et s.

⁴ H. DU MOULIN DE LABARTHÈTE, *Le temps des illusions*, op. cit., p. 119.

relever matériellement de la loi ou du règlement, sans que l'on puisse déterminer les critères matériels de l'un et de l'autre. Du Moulin a répondu au chef de l'État que le maintien de la distinction entre ces actes est nécessaire pour « ne pas tout bousculer » (par rapport à la III^e République). La continuité des institutions demeure en dépit de la rupture constitutionnelle. De toute évidence, l'objectif recherché, dans la qualification d'un acte comme loi ou décret, tient à la volonté ou non de l'exclure du contrôle juridictionnel. M. Prélôt l'avait bien décelé lorsqu'il substituait à l'adage classique « la loi ne peut mal faire », celui suivant lequel « le Maréchal ne peut mal faire ». Ici réside l'intérêt principal de la distinction. Tout ce qui relève d'une œuvre directe du chef de l'État n'est pas contrôlé.

L'analyse des actes constitutionnels reflète la place tout à fait centrale du Maréchal Pétain. Nombre de nuances seront apportées à ce premier tableau par l'étude de la vie institutionnelle. Plus que des nuances, nous constaterons de réels décalages entre le rôle officiel de Pétain et l'effectivité de son pouvoir dans la pratique.

Titre 2. L'unicité de l'autorité nuancée par les rapports de force internes et externes au gouvernement

Pour contrebalancer l'annihilation de la souveraineté française par l'occupation, toute parcelle de pouvoir a été rassemblée par Pétain dans la personne du Chef de l'État. Et, la nouvelle structuration du régime qui en découle lui a valu la qualification, à juste titre, de régime autoritaire. L'étendue des compétences que les actes constitutionnels confèrent à Pétain doit néanmoins être relativisée par la sempiternelle mise à l'épreuve de son autorité par son entourage politique. Toutes les décisions fondamentales qu'il a prises ont – presque systématiquement – résulté de tractations préalables entre ses secrétaires d'État et les membres de son cabinet (Chapitre 1). Plus contraignantes encore furent les exigences pressantes de l'occupation qui ont conduit Pétain à prendre des décisions contraires à sa propre volonté, y compris en matière d'organisation du régime. L'émergence d'un exécutif bicéphale est à cet égard tout à fait symptomatique – privant ainsi Pétain de son pouvoir discrétionnaire en la matière (Chapitre 2).

Chapitre 1. Un exécutif bureaucratique éprouvant l'autorité de Pétain

Le risque dans la multiplication des conseils tient à l'émergence de tensions entre les conseillers. Or, Pétain manquait manifestement d'autorité pour résoudre les conflits qui jaillissaient entre ses ministres et membres de cabinet. Le respect du principe hiérarchique, institué par le chef de l'État, était par conséquent systématiquement altéré par des désaccords récurrents (Section 1). Le pouvoir de Pétain sur son propre gouvernement a également été ébranlé par les exigences de l'occupant – exigences qui ont orienté ses décisions quant à l'organisation et l'exercice du pouvoir dans l'État (Section 2).

Section 1. Le gouvernement : de la hiérarchie structurelle au désordre systémique

Le premier gouvernement de Vichy, formé le 12 juillet 1940, réunissait principalement les ministres qui avaient soutenu Pétain face à Reynaud, dans son vœu de conclure un armistice – tel est le cas de Weygand, Baudouin ou encore d'Ybarnégary. Pierre Laval, quant à lui, occupait le rang de Vice-Président du conseil. Il a acquis cette fonction du fait de son rôle incontournable dans le vote de la loi du 10 juillet 1940¹. Le gouvernement ressemblait ainsi, dans sa structure, à un gouvernement classique de la III^e République, à ce détail près que le chef de l'État était également président du conseil. J. Laferrière note cependant qu'une telle ressemblance est « purement superficielle »², comme en témoigne les principes posés par la loi du 6 septembre 1940³ relative à la composition du gouvernement. Celle-ci organise en effet le gouvernement de manière hiérarchique. Les secrétaires d'État sont distingués des ministres, et si tous les secrétaires d'État sont membres du gouvernement, seuls huit d'entre eux, ainsi que le Vice-Président du conseil, sont également ministres. À ce titre, ils disposent d'un siège permanent au Conseil des ministres et travaillent directement avec le Maréchal Pétain.

¹ Il a approché Pétain quelques jours avant sa nomination à la présidence du Conseil et l'a aidé à s'imposer. Son rôle fut déterminant dans le vote de la loi du 10 juillet 1940.

² J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France...*, op. cit., p. 67.

³ Loi du 6 septembre 1940, *J.O.R.F.* du 7 septembre 1940, p. 4917.

Les secrétaires d'État – qui « relèvent d'un ministre conformément à une répartition fixée par décret » – n'y sont invités que lorsque « l'examen des projets de lois [intéresse] leur département ». Cette structure hiérarchisée traduit une certaine conception du pouvoir, que Pétain avait eu l'occasion de présenter dans ses discours : « un chef n'a pu commander à plus de cinq sous-ordres. [...] Un homme qui décide, quatre hommes qui obéissent et transmettent. Ainsi de la pointe à la base. »¹. À partir de cette distinction, l'on peut comprendre la différence entre Conseil des ministres et Conseil de cabinet. Le Conseil de cabinet – institué par l'article 4 de la loi du 6 septembre 1940 – rassemble tous les secrétaires d'État sous la présidence du Vice-Président du Conseil. Il « prépare les décisions du Conseil des ministres » qui est présidé par Pétain (art. 4 al. 2) et se réunit donc avant lui. Une telle différence entre Conseil de cabinet et Conseil des ministres existait déjà sous la III^e République, mais n'avait pas la même signification, car, par principe, étant tous responsables devant le Parlement, les ministres étaient sur un même pied d'égalité².

Le Maréchal Pétain dispose par ailleurs d'un autre réseau de conseils qui lui est directement associé. Il s'agit du cabinet du chef de l'État, composé d'un cabinet civil, d'un cabinet militaire, d'un service administratif et d'un secrétariat Général. Ce sont les conseillers les plus proches de Pétain. Ils constituent avec lui la « tête pensante » du régime de Vichy et renvoient à une sorte d'état-major politique³. Ses membres sont d'ailleurs majoritairement des militaires. J. Barthélémy explique dans ses mémoires que ce sont ces hommes qui avaient une véritable influence sur Pétain – tel est plus particulièrement le cas de Du Moulin de Labarthète, directeur du cabinet civil⁴. Cette proximité se réalisait souvent au détriment des ministres – comme l'illustre l'exemple, déjà évoqué, du discours du « vent mauvais ». Le cabinet civil avait l'ascendant sur les autres cabinets du chef de l'État, car il « dessinait la ligne politique du chef »⁵. Son rôle consistait principalement à suppléer Pétain dans ses tâches, à le conseiller et à attirer son attention sur les actions politiques opportunes⁶. Les membres du cabinet personnel de Pétain assistaient par ailleurs au Conseil des ministres – privilège que n'avaient pas les secrétaires d'État –, et étaient les seuls à pouvoir prendre des notes – privilège que n'avaient pas les ministres. Ici encore, la logique d'ensemble apparaît dans les propos de Pétain lui-même : « j'ai besoin de Conseils, de petites réunions de cinq ou six hommes, très experts de leur art, qui puissent, pour chaque catégorie d'affaires m'éclairer de leur art. Quant à mes ministres, ils n'auront qu'à mettre au point »⁷.

¹ Déclaration du 14 novembre 1940, à Gringoire in P. PÉTAİN, *Messages d'outre-tombe du Maréchal Pétain*, Paris, Nouvelles éditions Latines, 1983, p. 127.

² J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France...*, op. cit., p. 112-114.

³ M. O. BARUCH, *Servir l'État français...*, op. cit., p. 70.

⁴ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943*, op. cit., p. 163.

⁵ J. COTILLON, « Les entourages de Philippe Pétain, chef de l'État français, 1940-1942 », *Politique, culture, société*, n° 8, mai-août 2009.

⁶ M. J. FRICHEMENT, V. AUBERT, « Le Fonctionnement », in R. RÉMOND, A. COUTROT, I. BOUSSARD (dir.), *Quarante ans de cabinets ministériels. De Léon Blum à Georges Pompidou*, Paris, F.N.S.P., 1982, p. 163

⁷ H. DU MOULIN DE LABARTHÈTE, *Le temps des illusions*, op. cit., p. 120-121.

La structure et le fonctionnement du gouvernement voulus par Pétain apparaissent assez clairement dans la loi du 6 septembre 1940, qui connaîtra quelques modifications au fil des changements de vice-présidents du conseil. Tous les gouvernements ont cependant en commun l'absence de collégialité qui résulte de la responsabilité personnelle des membres du gouvernement à l'égard de Pétain (acte constitutionnel VII du 27 janvier 1941). Celui-ci pouvait leur infliger des sanctions particulièrement rigoureuses, allant de la privation des droits politiques, en passant par la mise en résidence surveillée, jusqu'à l'internement administratif ou la détention dans une enceinte fortifiée. Ainsi, ce mécanisme de responsabilité illustre bien l'autorité et l'arbitraire du chef de l'État à l'égard de ses subordonnés. Néanmoins, si formellement l'organe exécutif est très hiérarchisé, la réalité présente bien des divergences avec le cadre posé.

Sous le régime de Vichy, le Conseil des ministres n'est pas une autorité collective prenant des décisions à la majorité, mais une « réunion d'hommes qui parlent sur les affaires de l'État, qui font connaître leur opinion et le Maréchal prend ensuite la décision qui lui paraît bonne »¹. La décision n'est pas légale et légitime parce qu'elle est majoritaire, mais parce qu'elle émane de Pétain. Par conséquent, si un ministre – ou même un secrétaire d'État – ne convainc pas ses pairs au Conseil de cabinet, il lui suffit d'emporter la conviction du chef de l'État. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles la hiérarchie gouvernementale, posée par la loi du 6 septembre 1940, n'a pas été respectée en pratique. J. Laferrière, en 1942, pouvait déjà se demander, sans pouvoir le vérifier, « si la pratique est exactement conforme à ces règles »². Aujourd'hui, l'étude de l'activité réelle du gouvernement présente toujours des difficultés, du fait de l'absence des comptes-rendus de réunion du Conseil des ministres, ce qui explique les fréquentes références, dans cet article, aux témoignages de secrétaires d'État de l'époque. Les informations présentées doivent donc être considérées avec précaution.

Dans ses mémoires, J. Barthélémy relève que la hiérarchie posée par la loi du 6 septembre 1940 n'a jamais trouvé une réelle effectivité, car souvent, les secrétaires d'État étaient plus ambitieux que leur ministre supérieur. Ils nourrissaient, dans bien des cas, le désir de prendre la place du ministre auquel ils étaient subordonnés. Le secrétaire d'État à la Marine – l'Amiral Darlan, par exemple, était rattaché au ministre-Général Weygand, en sa qualité de ministre de la Défense nationale. Le principe voulait que Weygand ait un rang supérieur à l'Amiral Darlan. Mais Darlan n'appréciait guère la subordination, d'autant plus qu'il ne supportait pas l'idée que Weygand – Général de l'armée de terre – contrôlât la Marine. Ainsi, Darlan a alerté Pétain le 21 août 1940 de l'inquiétude de ses soldats qui ne seraient rassurés que s'il obtenait un grade de ministre. Il s'agit là d'une demande à peine voilée d'éviction du ministre Weygand, par son secrétaire d'État subordonné. Weygand contesta, quant à lui, l'autorité du Vice-Président du conseil, Laval. À partir des notes personnelles de Darlan, on constate l'étendue de la rivalité entre ces deux hommes forts du premier gouvernement de Vichy :

¹ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943*, op. cit., p. 156.

² J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France...*, op. cit., p. 116.

2 août. Vive altercation entre le Général Weygand et M. Laval au sujet des anciens parlementaires et des militaires. Le premier déclare que tous les parlementaires sont des crapules, le second déclare que tous les militaires sont des crétins. Il est douteux que ces hommes puissent longtemps collaborer ¹.

Weygand n'est pas apprécié des Allemands, car il s'est opposé à la livraison des bases aériennes françaises du Maroc à l'ennemi, tout comme il a refusé une alliance franco-allemande contre la Grande-Bretagne. Pétain a décidé de lui ôter sa fonction ministérielle au remaniement du 6 septembre 1940. Il fit par là même de Darlan le ministre secrétaire d'État à la Marine, auquel a été rattachée l'aviation. La promotion de Darlan et l'éviction de Weygand témoignent de l'indifférence du chef de l'État quant au non-respect, au sein du gouvernement, du principe de subordination. Darlan n'est pas sanctionné de son affront, au contraire, il est promu. J. Barthélémy relève bien d'autres mises en échec de la hiérarchie ministérielle. Tel est le cas du Général Huntzinger, ministre de la guerre, et de son secrétaire d'État chargé de l'Instruction, J. Carcopino. Huntzinger a par exemple cédé au sujet de la suppression du mot « Dieu », remplacé par l'expression « valeurs morales et spirituelles », dans les programmes universitaires, alors même qu'il était un fervent défenseur de la religion catholique dans l'État. Une telle déconvenue dans l'organisation ministérielle constitue une première inflexion apportée à la vision des institutions de Pétain. Si la figure de Pétain était respectée des ministres et secrétaires d'État de l'époque, elle n'était pas crainte, et n'a d'ailleurs pas tari l'audace qu'ils éprouvaient à la défier. S'il on en croit Du Moulin, Pétain était parfois si « impressionné par l'attitude de ses ministres, [qu'il] contresignait [les lois] souvent sans les lire »².

Le défaut d'autorité de Pétain pour assurer l'ordre dans son entourage est également observable à d'autres égards. Son pouvoir discrétionnaire en matière de nomination et de révocation des ministres est également relativisé dans les faits.

Section 2. La relative liberté de Pétain dans le choix de son entourage politique

Après le vote de la loi 10 juillet 1940, Laval attendait sa récompense et l'obtint par sa nomination à la Vice-présidence du Conseil. Pétain a cependant institué un organe exécutif monocéphale, ce qui n'a pas empêché Laval de devenir le second visage du gouvernement. Convaincu que la puissance germanique serait le centre du nouvel ordre mondial, Laval était focalisé sur l'établissement de bonnes relations franco-allemandes. Il a ainsi noué d'importantes relations avec O. Abetz³, ambassadeur allemand. La suite est « une longue série de déplacements à Paris »⁴, aboutissant à l'épisode de Montoire – lors duquel d'après, M. Ferro, « tant pour la préparation que pour l'ordonnancement, Laval apparaît le maître d'œuvre »⁵. C'est en effet lors d'une visite à Abetz, le 22 octobre, que Laval fut introduit à Hitler qui l'informa de sa volonté de rencontrer Pétain. Celui-ci accepta, malgré les réserves

¹ H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan*, Paris, Fayard, 1989, p. 338.

² H. DU MOULIN DE LABARTHÈTE, *Le temps des illusions*, op. cit., p. 118.

³ Agent allemand en passe de devenir ambassadeur du III^e Reich en France. . Il avait, dans les faits, moins d'influence sur Berlin que n'en avait la commission d'armistice.

⁴ J.-P. COINTET, *Pierre Laval*, op. cit., Paris, Fayard, 1993, p. 284.

⁵ M. FERRO, *Pétain*, Paris, Fayard, 1987, p. 194.

formulées par son directeur de cabinet civil¹. Lors de la désignation des membres qui devaient l'accompagner, Laval aurait menacé le chef de l'État de sa démission si le ministre des affaires étrangères, Baudouin, était invité. (Baudouin aurait pu, de par sa fonction, prendre la place de Laval lors de l'entrevue avec Hitler). Pétain céda et Baudouin resta à Vichy² – ce qui est particulièrement révélateur de l'autorité de Laval sur le Maréchal Pétain. Du reste, si Montoire constitue un symbole incontournable de l'entrée dans la politique de collaboration, dans les faits, rien de fondamental ne semble avoir été décidé. Cet épisode a néanmoins ébranlé l'opinion publique, ainsi que l'affirment les rapports des préfets – rapports qui ont eu une importance décisive dans le « coup du 13 décembre 1940 ».

Ce jour-ci correspond en effet au renvoi de Laval du gouvernement. La décision a formellement été prise par Pétain – conformément au pouvoir qu'il tient de l'acte constitutionnel II – bien qu'elle ne résulte pas de son initiative. Comme l'expliquent H. Coutau-Bégarie et C. Huan, « le renvoi de Laval le 13 décembre est l'aboutissement d'une très dure bataille d'influence dans l'entourage du Maréchal Pétain »³. Laval représente, de fait, plusieurs problèmes pour les conseillers du chef de l'État : il ne partage pas les idées de la Révolution nationale et n'en fait pas sa priorité, il donne préséance à la politique de collaboration franco-allemande, et en la matière, il agit sans se soucier de l'avis du chef de l'État. « Il est d'ailleurs insaisissable, passe ses journées à Paris, rend compte une fois sur trois, au Chef de l'État, de ses entretiens avec les allemands »⁴. Un consensus s'est donc formé, parmi les proches de Pétain, pour le mener vers la décision d'un renvoi de Laval. L'un des éléments déterminants, pour convaincre Pétain d'une telle décision, fut l'opinion. Pétain y est sensible et ses ministres le savent. Peyrouton, Ministre de l'intérieur, « sait utiliser ses dossiers sur l'opinion publique », indique M. Cointet. Il a dès lors constitué un recueil de documents – lettres de citoyens et rapports de préfets – bien sélectionnés, dénonçant unanimement la politique de collaboration de Laval. Les comptes-rendus de Darlan expliquent que « de tous côtés, on dit [au Maréchal] que Montoire a été mal reçu dans l'opinion, que l'armée exprime des craintes »⁵, et que la cause de ces maux, c'est Laval. Le Général Laure – secrétaire Général du chef de l'État – et Du Moulin sont ceux qui vont le plus plaider la cause du renvoi de Laval auprès du Maréchal Pétain. Ils agissent avec l'appui des ministres Peyrouton, Baudouin et Bouthillier. Darlan fut rallié à l'entreprise par Bouthillier, après une rencontre le 4 novembre, lors de laquelle il « lui [a] exposé la nécessité de se débarrasser de Laval »⁶. Darlan accepta.

Si Pétain avait décidé de se séparer de Laval, uniquement du fait de l'insistance de son entourage, il serait excessif de considérer que son pouvoir de révocation eut été remis en cause. Cependant, son cercle proche l'a véritablement contraint, car Pétain avait peur de la réaction allemande. Se séparer de l'instigateur de Montoire constituait un message diplomatique défavorable. Malgré tout, il est vrai que Pétain

¹ H. DU MOULIN DE LABARTHÈTE, *Le temps des illusions*, op. cit., p. 45 et s.

² R. ARON, *Histoire de Vichy, 1940-1944*, t. I, Paris, Fayard, 1954, p. 395 à 401. Par conséquent, le ministre des Affaires étrangères Baudouin démissionnera le 28 octobre.

³ H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan*, op. cit., p. 347.

⁴ H. DU MOULIN DE LABARTHÈTE, *Le temps des illusions*, op. cit., p. 59.

⁵ Tel que cité par H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan*, op. cit., p. 347.

⁶ *Ibid*, p. 348.

commençait également à s'agacer du silence de son Vice-Président qui ne le tenait pas informé de ses manœuvres. Mais le jour du 13 décembre, alors que les ministres pensaient avoir convaincu le chef de l'État du renvoi de Laval, celui-ci est revenu sur sa décision. Du Moulin a alors organisé une réunion urgente des ministres « comploteurs » dans son bureau. Par un vote unanime, ils ont décidé d'adresser un ultimatum au chef d'État, en s'exprimant d'une seule voix contre Laval. Mis devant le fait accompli, Pétain se conforma à la décision de ses conseillers, et il déclara au Conseil des ministres, qu'il convoqua le soir même, que « les démissions de Laval et Ripert [étaient] acceptées »¹. Le « 13 décembre » illustre l'audace des proches de Pétain – évoquée en amont – qui décident dans l'ombre du chef d'État. Le gouvernement fonctionne de manière désordonnée et « a-systémique », trahissant le défaut d'autorité de Pétain dans la sanction des principes qu'il a lui-même posés par la loi du 6 septembre 1940.

La faible autorité de Pétain s'observe également à l'égard de l'occupant. Présentant la stupeur allemande, le Maréchal Pétain a envoyé une lettre à Hitler, dès le 13 décembre, pour justifier son choix² et rappeler son attachement à la collaboration. C'est une démarche étonnante pour un « dictateur » que de se justifier auprès d'un autre, pour des décisions qui concernent la composition de son gouvernement. Pourtant, Pétain – de lui-même – a rendu des comptes à l'occupant. Dès lors, bien que la nomination et la révocation des ministres constituent un pouvoir propre du chef de l'État, en vertu de l'acte constitutionnel II, il n'est pas en mesure de l'exercer librement, tant les pressions internes et externes qui pèsent sur lui sont grandes. Le successeur de Laval n'est pas, par ailleurs, un homme auquel aurait pensé le chef de l'État. Le nom de P. E. Flandin – un parlementaire – lui a été soufflé par ses proches conseillers. Cela étant, c'est bien le chef de l'État qui a annoncé aux Français, le 14 décembre, le message suivant : « je viens de prendre une décision que je juge conforme à l'intérêt du pays. Monsieur Pierre Laval ne fait plus partie du gouvernement. Pierre-Etienne Flandin reçoit le portefeuille des Affaires étrangères »³ ⁴.

Darlan fut chargé d'informer l'ambassadeur allemand, O. Abetz. Celui-ci – furieux – tenta un coup de force en se rendant à Vichy, le 17 décembre, avec un cortège de dix chefs de la Schutzstaffel (S.S.)⁵. Reçu par Pétain, il le presse de réintégrer Laval dans ses fonctions, en proférant de nombreuses accusations et menaces : « il y a dans le Gouvernement des hommes qui sont contre la collaboration et qui ont mené l'action contre M. LAVAL ». Et, après avoir affirmé que « le chancelier ne veut imposer aucune solution », il indique que :

Le FÜHRER impose 4 points :

- a) 1 – Ministre des Affaires Étrangères : M. Flandin, 2 – Ministre de l'Intérieur : M. Laval,
- b) 3 – Remplacement de M. Caziot par M. Achard,
- 4 – Remplacement de M. Belin par M. Froideval,

¹ J.-P. COINTET, *Pierre Laval*, *op. cit.*, p. 325.

² Lettre qui sera d'ailleurs rédigée par Du Moulin, tel qu'il l'explique dans ses mémoires, *op. cit.*, p. 67.

³ C'était le portefeuille que détenait Laval depuis Montoire et ce, jusqu'au 13 décembre.

⁴ P. PÉTAİN, *Discours aux Français*, Paris, Albin Michel, 1989, p. 110

⁵ O. ABETZ, *Histoire d'une politique franco-allemande*, Paris, Stock, 1953, p. 189.

c) Pour que la continuation de la politique de la collaboration soit possible, Remplacement de la Vice-présidence du Conseil par un Directoire présidé par l'Amiral et composé du Général Huntzinger, de M. Flandin et de M. Laval. [...] Le Gouvernement est libre, mais si tout cela n'est pas accepté, la collaboration n'est pas garantie¹.

La réponse de Pétain est ferme. À deux reprises, il invoque la « confiance » pour justifier le maintien ou la révocation de ses ministres. Il indique également à son interlocuteur qu'il acceptera de renvoyer tous les ministres que les Allemands estimeront opposés à la collaboration, s'ils ont des preuves pour étayer leurs accusations. Enfin, il cède à Abetz sur un point : le Directoire, mais sans Laval. Il faisait valoir, à juste titre, que sa réintégration serait une atteinte portée à son autorité de chef d'État – ce qui n'irait pas dans l'intérêt de l'Allemagne – étant donné que l'annonce du remaniement avait déjà été présentée au peuple français. Abetz insista et obtint de Pétain un retour de Laval dans le nouveau directoire, ministère des affaires étrangères et de l'Intérieur mis à part. Mais c'est Laval, introduit dans les discussions qui s'opposera à un tel déclassement. Un nouveau système de gouvernement fut en définitive imposé à Pétain : un « directoire », dont la composition fut également soufflée par Abetz qui a indiqué lors de l'entrevue que « le FÜHRER a pleine confiance dans le MARECHAL, dans la flotte et dans l'Amiral Darlan, dans l'armée et le Général HUNTZINGER. Le choix de M. FLANDIN a ravi le Gouvernement allemand ». Après le Maréchal Pétain, c'est l'Amiral Darlan qui a la préséance sur Huntzinger et Flandin aux yeux d'Abetz. Cette information n'est pas sans intérêt quand on sait que moins de deux mois plus tard, celui-ci deviendra Vice-Président du conseil. Cela étant, après le renvoi de Laval, c'est bien le « triumvirat » Flandin – Huntzinger – Darlan qui sera institué. Son fonctionnement est précisé par une note ministérielle :

1^o/ – *Etablissement des directives de l'action gouvernementale.* Le Comité Directeur prépare les directives générales de l'action gouvernementale et les soumet à l'approbation du Maréchal. Lorsque le Maréchal a donné son approbation, les directives sont données aux Secrétaires d'État en Conseil de cabinet.

2^o/ – *Action gouvernementale.* Le Comité Directeur ou l'un des Ministres, membres du Comité Directeur, réunit les Secrétaires d'État intéressés pour la préparation des éléments de la décision à prendre. [...] le *Conseil des ministres* est saisi pour examen et approbation de cette décision².

Le chemin de la décision prend une nouvelle direction sous le comité directeur. Une hiérarchie de fait s'instaure au profit de trois ministres sur l'ensemble du gouvernement. Néanmoins, de décembre 1940 à février 1941, J. Barthélémy explique que Flandin remplissait « en fait la fonction de principal ministre »³, car il était le président du comité directeur. Mais formellement, la Vice-présidence du conseil était vacante. Le triumvirat devient incontournable. Il a l'initiative de la définition

¹ Compte-rendu réalisé par Darlan de l'entrevue entre Pétain et Abetz, reproduit in H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan, op. cit.*, p. 851.

² Archives du cabinet civil, A.N. F60/588.

³ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943, op. cit.*, p. 49.

de la politique. À cette fin, les trois ministres invitent à leur réunion quasi-quotidienne¹, les responsables compétents pour déterminer la politique à suivre². L'accord du chef de l'État est nécessaire au stade de l'initiative, dont il doit valider le principe, et au stade de l'adoption, pour qu'elle se réalise. C'est sans doute lors de ce court intermède que le Maréchal Pétain a le plus été associé au travail gouvernemental. L'activité de ses ministres et secrétaires d'État était plus transparente. Lorsqu'un membre du gouvernement était envoyé en zone occupée, pour dialoguer avec Abetz, il était auditionné par le comité directeur, à son retour³. Lorsque des difficultés s'élevaient au sein du comité directeur, le choix politique revenait au Maréchal Pétain. En matière d'allocations familiales, par exemple, il a tranché pour « un taux d'allocation unique »⁴. Concernant la création du Conseil National, il a totalement redéfini l'idée initiale de P. E. Flandin.

Si Pétain a eu, dans cette brève période, la place qu'il souhaitait, l'intrusion allemande dans les affaires du gouvernement ne tardera pas à l'affaiblir.

Chapitre 2. L'émergence d'une structure gouvernementale à tendance bicéphale

L'exercice par Pétain de son pouvoir propre de révocation des membres de son gouvernement a porté son lot de revers. Perçu comme une trahison par l'Allemagne, le renvoi de Laval sera toujours invoqué, d'une part, pour faire obstacle aux demandes du gouvernement de Vichy, et d'autre part, pour justifier l'intrusion croissante de l'occupant dans les affaires internes du gouvernement. Ainsi s'expliquent l'ascension de Darlan et le nouveau sens donné à la Vice-présidence du conseil (Section 1). Les difficultés à rétablir le dialogue avec les autorités d'occupation entraîneront des dissensions, entre Pétain et Darlan, sur lesquelles plane l'ombre du retour de Laval (Section 2).

Section 1. La Vice-présidence du Conseil consolidée par la pratique de Darlan

L'ascension de Darlan à la Vice-présidence du conseil n'est pas surprenante quand on sait qu'il était, au sein du comité directeur, celui qui était le plus apprécié des Allemands et le seul à avoir rencontré Hitler, comme représentant du gouvernement français. (Il fut en effet désigné pour remettre à Hitler une nouvelle lettre de Pétain concernant le renvoi de Laval, après l'intervention d'Abetz, le 17 décembre 1940)⁵. Flandin, en revanche, n'inspirait pas confiance à l'occupant. L'intermède Flandin fut par conséquent une période de méfiance réciproque entre gouvernement français et allemand. Hitler aurait à cet égard indiqué à Darlan que le problème, pour le III^e Reich, tenait moins à l'éviction de Laval qu'à la présence (supposée de l'Allemagne) d'anglophiles dans le gouvernement. Abetz indiqua en ce sens au gouvernement, le 31 janvier 1941, que « le Führer était résolu à signifier la

¹ H. DU MOULIN DE LABARTHÈTE, *Le temps des illusions*, op. cit., p. 130.

² « Ordre du jour du Conseil de cabinet », A.N. F60/588. A titre d'exemple, pour traiter de la question de l'Indochine, le Général Weygand et l'Amiral Platon sont entendus.

³ Rapport du Comité Directeur du 14 janvier 1941, A.N. F60/588.

⁴ Archives du cabinet civil, A.N. F60/588.

⁵ Voir sur ce point H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan*, op. cit., p. 355-359.

fin de la politique de collaboration avec l'équipe gouvernementale actuelle puisqu'il dit avoir la preuve absolue des influences anglaises et américaines qui s'exercent sur elle ». Abetz ajouta « qu'il était certain pour sa part de la loyauté de l'Amiral Darlan et du Général Huntzinger, et qu'il les mettait absolument hors de cause »¹. Flandin est désavoué par les Allemands.

Une fois de plus, la liberté du chef de l'État est ébranlée. Il est menacé par l'Occupant d'une sécession de la zone occupée. Le gouvernement est alors épuré des suspects désignés : Flandin, Alibert et Peyrouton quittent leur poste. Pétain aurait dit avec cynisme : « Les Allemands voudraient nommer Darlan à ma place, car ils aiment Darlan jusqu'à l'embrasser, lui et ses cuirassés »². La stature et le prestige militaire de Darlan étaient incontestés. Le 10 février 1941, il est élevé au rang de « dauphin » par le Maréchal Pétain – statut conféré à Laval jusqu'au 13 décembre, et qui était alors vacant. Darlan est le successeur désigné de Pétain, ce qui ravit Abetz qui l'avait déjà suggéré dans un précédent rapport³. Le même jour, Darlan est également nommé Vice-Président du Conseil. Le temps du directoire est terminé. Le gouvernement va encore s'organiser d'une nouvelle manière.

Darlan a multiplié les voyages à Paris pour reconstituer le dialogue avec l'occupant. Dans ses rapports, figurait au nombre des exigences allemandes, sa désignation comme président du Conseil. Abetz voulait que Darlan obtienne les « attributions de chef du gouvernement »⁴. Barthélémy, nouveau garde des Sceaux, s'y est fermement opposé. Darlan a conservé la Vice-présidence, mais il s'est appliqué à lui conférer, dans la pratique, la teneur de la fonction primo-ministérielle. Lui ont ainsi été associées des prérogatives que la Vice-présidence ne détenait pas auparavant. Celle-ci avait initialement pour dessein d'indiquer la « situation de premier plan »⁵ de son titulaire, qui détenait tout de même des prérogatives particulières, telles la convocation et la présidence du Conseil restreint – ce conseil se réunissait périodiquement en vue « de coordonner et d'orienter l'action du gouvernement dans le domaine économique »⁶. Plus tard, un décret a reconnu à la Vice-présidence du conseil un ensemble de compétences en matière d'information, de presse et de radiodiffusion⁷. La loi du 6 septembre 1940 susmentionnée lui a également conféré la présidence du Conseil de cabinet. Après Montoire, la Vice-présidence sera enfin associée à une portefeuille ministériel, Laval ayant obtenu les Affaires Étrangères⁸. Elle est ensuite restée vacante du 13 décembre 1940 jusqu'à la nomination de Darlan.

¹ Informations extraites des Papiers de Darlan révélées par H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN., *Darlan*, op. cit., p. 365.

² P. BAUDOUIN, *Neuf mois au gouvernement*, Paris, La Table ronde, 1964, p. 427.

³ H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN., *Darlan*, op. cit., p. 362.

⁴ Note de Darlan du 8 février 1941 relative à son entrevue avec Otto Abetz reproduite in *ibid.*, p. 283 et s.

⁵ J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France...*, op. cit., p. 130.

⁶ Article 14 de la loi du 12 juillet 1940, A.N. F60/585.

⁷ Décret du 18 juillet 1940, *J.O. du 20 juillet 1940*, p. 4546.

⁸ Décret du 28 octobre 1940, *J.O. du 29 octobre 1940*, p. 5464.

Pétain n'a pas pris l'initiative de conférer de nouvelles prérogatives, à Darlan, à partir de février 1941. C'est une suggestion d'O. Abetz. Pétain a néanmoins obtenu, d'une part, car il avait pleinement confiance en l'Amiral Darlan, et d'autre part, car il voulait rompre le silence de l'Allemagne, et rétablir la politique de collaboration – dont l'interruption avait eu des conséquences néfastes sur le gouvernement. Abetz avait en effet interdit la publication au *Journal officiel*, en zone occupée, de différentes communications de Vichy¹, réaffirmant ainsi le clivage entre les deux zones. Le projet de retour du gouvernement à Paris – initialement accepté par l'occupant – fut également rejeté. L'on peut, à partir de ces faits, saisir l'étendue de l'influence et de l'intrusion allemande dans l'organisation du gouvernement, en dehors du cadre fixé par l'armistice. Il ne s'agit plus seulement d'exhorter le chef de l'État à nommer ou à révoquer tel ou tel individu, il s'agit de lui indiquer la répartition des compétences au sein de son gouvernement.

Cela étant, Darlan a lui-même œuvré à se distinguer, revendiquant la charge de différents ministères. Par le décret du 9 février 1941, l'Amiral de la flotte – déjà ministre secrétaire d'État à la Marine – a obtenu les fonctions de secrétaire d'État aux affaires étrangères de Flandin². Le lendemain, il a été nommé Vice-Président du conseil et, à ce titre, a reçu la charge de l'information, la presse et la radio. Lui ont également été rattachés, les secrétariats d'État à l'intérieur et à l'aviation³. Le 11 août 1941, il devient ministre de la Défense nationale – ministère dont relèvent, à partir du 19 novembre 1941, les secrétariats d'État à la Guerre, à la Marine et à l'Aviation et surtout les services de l'armistice⁴. Il cédera plus tard l'Intérieur au ministre secrétaire d'État, Pucheu, tout en conservant son « autorité directe [...] sur le secrétaire d'État à l'Intérieur » (loi du 11 août 1941)⁵. L'attribution de l'ensemble de ces compétences à la Vice-présidence dévoile l'émergence, au sein du régime, d'un nouveau pôle de décision distinct du chef de l'État. La loi du 10 février 1941 maintient néanmoins le système posé par la loi du 6 septembre 1940, avec la distinction, au demeurant peu opérante, entre secrétaires d'État et ministres. Mais une pluralité de lois et décrets, adoptés à partir du 10 février 1941, vont préciser le nouveau rôle du Vice-Président qui « dirige et contrôle l'action des ministres et des secrétaires d'État pour tout ce qui concerne l'application des décisions de principe et de celles relatives à la politique générale du gouvernement », et ce, « sous la haute autorité du Maréchal, Chef de l'État et chef du gouvernement »⁶. Il découle de ces dispositions l'extension du rôle de la Vice-présidence du conseil qui n'est plus réduite à un titre honorifique, mais dont les compétences ne sont pas clairement définies.

Le Vice-Président représente la volonté du Chef de l'État au sein du gouvernement. N'est-ce pas une entorse faite à l'acte constitutionnel II qui confère à Pétain la « plénitude du pouvoir gouvernemental » ? Cet acte prévoit en effet que le chef de l'État « exerce le pouvoir législatif, en Conseil des ministres » et qu'il « assure

¹ Dont celle relative au remaniement ministériel, voir M. COINTET, *Le Conseil national de Vichy 1940-1944*, op. cit., p. 30.

² *J.O. du 11 février 1941*, p. 678.

³ Voir la loi du 10 juillet 1941, A.N. F60/585.

⁴ Conformément au décret du 19 novembre 1941, *J.O. du 21 novembre 1941*, p. 4997.

⁵ *J.O. du 12 août 1941*, p. 3364.

⁶ *J.O. du 11 février 1941*, p. 674.

l'exécution des lois ». C'est également lui qui « dispose de la force armée » et qui « nomme et révoque les ministres et secrétaires d'État qui ne sont responsables que devant lui ». Or, le Vice-Président – suivant les nouvelles prérogatives qui lui ont été conférées – est devenu celui qui exerce effectivement le pouvoir gouvernemental. L'autorité de Pétain vient seulement authentifier l'exercice de ses compétences par le Vice-Président. Darlan peut ainsi le suppléer au Conseil des ministres, et recevoir les démissions des ministres et secrétaires d'État¹, relativisant ainsi le lien personnel qui les unit à Pétain. Par le décret du 5 septembre 1941², il reçoit la « mission de traduire en actes les directives du chef de l'État. Il en assure la stricte exécution ». Ce décret vient confirmer la délégation du pouvoir d'exécution des décisions politiques du chef de l'État à l'Amiral Darlan. La prééminence de la Vice-présidence est enfin particulièrement marquée par la constitution – en vertu du décret du 5 septembre 1941 – d'un véritable cabinet du Vice-Président, à l'image de celui du chef de l'État :

Pour lui permettre d'accomplir sa mission d'action, de coordination, d'investigation et de contrôle, dans l'ordre politique, militaire et administratif, le Vice-Président du conseil dispose : D'un cabinet. D'un secrétariat Général. D'un corps de commissaires du pouvoir. D'un état-major de la défense nationale. De services d'information. D'un commissariat au reclassement des prisonniers de guerre rapatriés.

La loi du 10 février 1941 avait déjà rattaché le secrétariat Général de la présidence du conseil à Darlan, qui avait nommé à sa tête l'un de ses proches, H. Moysset. Sont ainsi apportés, à partir de 1941, d'importants infléchissements aux premiers actes constitutionnels. Formellement, Pétain reste le chef de l'État et du gouvernement, mais il semblerait que la Vice-présidence détienne, en réalité, la fonction primo-ministérielle.

Section 2. Le bilan en demi-teinte du Vice-Président Darlan

Il ne suffisait pas que les lois et décrets offrent au dauphin les attributions d'un chef de gouvernement, il fallait encore que celui-ci les concrétise. Il s'y est fort bien employé. Par de nombreuses circulaires, il a cherché à maîtriser son gouvernement. Il a interdit, par exemple, aux ministres et secrétaires d'État de « publier au Journal Officiel tout texte législatif ou réglementaire qui n'aurait pas été soumis à »³ la présidence du conseil⁴. Dans une note du 28 avril 1941, il a enjoint à ses ministres l'ordre de respecter la procédure législative, et a accompagné cet ordre d'une « quasi-sanction », entraînant le signalement à la présidence du conseil de toute ministre réfractaire. Ceux-ci doivent donc systématiquement soumettre leurs avant-projets de réforme à la présidence du conseil et aux secrétaires d'État⁵. Et, au-delà de l'ordre que Darlan a imposé, à coup de circulaires, dans le processus d'adoption normative, il a également rappelé la hiérarchie qui s'établissait à son

¹ « Secrétariat général du Gouvernement et services du Premier ministre », A.N. F60/585.

² J.O. du 6 septembre 1941, p. 3782.

³ Circulaire du 20 mars 1941 relative à l'enregistrement des lois et décrets à la présidence du conseil, A.N. 2AG/501, Annexe n° 1, p. 146.

⁴ Etant entendu que le secrétariat de la présidence est rattaché au Vice-Président du Conseil.

⁵ Circulaire du 28 avril 1941 relative au contreseing des lois et décrets, A.N. 2AG/501.

profit parmi tous les membres du gouvernement. Le 11 juin 1941, en effet, il a indiqué aux secrétaires d'État que « seul le Ministre, Vice-Président du Conseil a qualité [...] pour arbitrer des différends pouvant survenir entre des Départements ministériels », et de préciser qu'il « n'appartient pas, en particulier, au Ministre des Finances d'arbitrer des différends entre des Secrétaires d'État autres que ceux qui relèvent de lui »¹. Darlan rappelle ainsi son rôle d'arbitre dans les conflits émergeant entre les ministres secrétaires d'État. Il veille plus généralement au respect de ses compétences, et à ce qu'aucun empiètement ne vienne les limiter. Darlan est donc parvenu à réaliser, à son profit, le principe hiérarchique posé par la loi du 6 septembre 1940, resté jusqu'alors lettre morte.

Une telle réussite le conduira à affirmer son autorité devant le chef de l'État, en s'arrogeant une certaine autonomie. Darlan a en effet multiplié les réunions hebdomadaires du Conseil de cabinet² afin de réduire le rôle du Conseil des ministres à la simple information de Pétain – les résolutions étant adoptées en Conseil de cabinet où il ne siégeait pas. J. Barthélémy relate ainsi l'ennui des séances du Conseil des ministres qui n'étaient qu'une redite du Conseil de cabinet de la veille. Tout ce qui était fondamental n'était pas discuté. J. Barthélémy aimait dire aux autres secrétaires d'État que s'il fallait rédiger un règlement du Conseil des ministres, la première règle serait : « il est défendu de parler au Conseil de ce à quoi tout le monde pense »³. Du Moulin rejoint J. Barthélémy sur ce point, affirmant que « c'est la "dictature Darlan" ». Il est interdit de pénétrer les secrets de la Guerre, de la Marine, de l'Air, de la politique étrangère, de la Police, de l'Information »⁴. Cette règle agaçait J. Barthélémy, car elle visait à créer une sorte de solidarité ministérielle à l'encontre du Maréchal Pétain. Il n'hésitait donc pas à la transgresser et à porter les désaccords du Conseil de cabinet au Conseil des ministres. La résolution de la querelle ministérielle finissait par se résoudre dans le bureau de Pétain⁵ – ce qui, bien entendu, déplaisait à Darlan. Finalement, la différence entre Conseil de cabinet et Conseil des ministres a disparu, car Darlan finit par réunir l'ensemble des secrétaires d'États avec le Maréchal Pétain, en une seule réunion hebdomadaire. Cette réunion fut qualifiée de Conseil des ministres, mais elle relevait d'une hybridation entre le Conseil de cabinet – du fait de la présence des secrétaires d'État –, et le Conseil des ministres – du fait de la présence du chef de l'État. La pratique institutionnelle a donc fait du « ministre » un titre purement nominal.

De manière générale, Darlan n'était pas très favorable aux conseils qui rassemblaient un grand nombre de personnes, contrairement à Pétain qui aimait tous les types de conseils. Il préférerait décider en petits comités suivant les domaines abordés. Pour les affaires de politique étrangère, par exemple, la décision se prenait « dans des conversations privées avec Pétain, Moysset ou Huntzinger, les ministres n'étant informés qu'après coup »⁶. En matière de défense, il ne discutait la

¹ Circulaire du 11 juin 1941 relative à l'arbitrage des différends entre les Départements, 2AG/501, Annexe n° 2, p. 147.

² Circulaire du Secrétariat Générale à la Vice-présidence du 27 février 1941, A.N. F60/588.

³ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943, op. cit.*, p. 158.

⁴ H. DU MOULIN DE LABARTHÈTE, *Le temps des illusions, op. cit.*, p. 145.

⁵ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943, op. cit.*, p. 156.

⁶ H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan, op. cit.*, p. 484.

politique à suivre qu'avec le secrétaire d'État à la Défense, le Vice-Amiral Bourrague et le Colonel Revers¹. En définitive, Darlan a fait de la Vice-présidence du Conseil, et de son secrétariat Général, la structure de coordination et d'arbitrage interministérielle. À ne pas s'y tromper, l'autorité de Darlan n'était pas bien perçue, ni des ministres, ni des proches conseillers de Pétain. Le Général Laure disait en effet, dans ses notes, que « cette affaire est louche. Qui a chargé Darlan de venir dire : c'est moi qu'il faut et non plus lui ? Qui l'a désigné dauphin ? »². Tandis que Ménétrel, docteur, ami et conseiller du Maréchal Pétain, indiquait vouer « d'emblée au nouveau Vice-Président du Conseil une haine déterminée et efficace »³. Ainsi, si Darlan a réussi son ascension, il doit « se garder de tout côté contre ceux qui n'attendent que le moment de précipiter sa chute »⁴.

Concernant la direction politique du gouvernement, J. Marcou observe que ce n'est qu'au début de l'année 1941, après l'investiture de Darlan, que le gouvernement œuvra dans le sens de la Révolution nationale – en témoigne le foisonnement de lois et règlements aux bulletins de législation. Contrairement à Laval et à Flan-din, Darlan n'est pas opposé au projet de la Révolution nationale. Il est « plus enclin aux mesures antisémites ou anti-maçonniques que Laval »⁵. M. Cointet relève d'ailleurs que le silence du Conseil des ministres s'explique aussi par les « sentiments communs » concernant « la conduite des opérations »⁶. Darlan n'est pas non plus l'un des grands idéologues de la Révolution nationale⁷. Les mesures les plus politiquement attachées aux valeurs défendues par Pétain sont souvent celles où l'investissement de Darlan était le moins marqué. Ainsi, par exemple, la Corporation paysanne relève d'un domaine réservé du Maréchal Pétain. L'élaboration du projet de nouvelle Constitution sera l'apanage de Pétain, de J. Barthélémy et du Conseil National. De même, concernant la Charte du travail ou la politique scolaire.

Néanmoins, la Révolution nationale – ne présentant pas de contours précis – lorsqu'un doute apparaissait sur le sens politique d'une mesure, tant pour les ministres que pour le chef de l'État, tous se pliaient aux directives générales du Premier ministre⁸. Pétain cédait souvent et ne s'imposait pas face au Vice-Président du conseil – tel fut le cas d'une des controverses – déjà évoquée en amont – survenue lors du Conseil des ministres, à propos du retrait du mot « Dieu » du programme d'enseignement de la morale des établissements publics. C'était une proposition du secrétaire d'État à l'Instruction, J. Carcopino. Barthélémy s'y opposa, car comme le reconnaissait volontiers J. Carcopino lui-même, le Maréchal Pétain avait largement « dénoncé la neutralité » qui était pourtant promu dans son projet de loi⁹. Cependant, bien que Pétain et quatre ministres y furent opposés, la réforme

¹ Circulaire ministérielle du 21 août 1941, A.N. F60/588.

² Propos tirés du Journal du Général Laure par H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan, op. cit.*, p. 375.

³ Propos de de Y. Bouthillier, *rapportés par* H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan, op. cit.*, p. 386.

⁴ *Ibid.*, p. 386.

⁵ *Ibid.*, p. 480.

⁶ M. COINTET, *Vichy capitale (1940-1944)*, Paris, Perrin, 1993, p. 158-160.

⁷ H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan, op. cit.*, p. 499.

⁸ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943, op. cit.*, p. 144.

⁹ J. CARCOPINO, *Souvenirs de sept ans 1937-1944, op. cit.*, p. 300.

fut adoptée. Cette adoption tenait à l'avis favorable de Darlan, et au fait que Pétain n'aimait pas « engager la lutte avec le Premier ministre »¹. Darlan accorde en outre peu d'importance aux délibérations – en témoigne la question du procès de Riom. Lorsque le 30 août 1941, le Conseil des ministres en est saisi, J. Barthélémy s'oppose à l'ouverture du procès, contre l'avis des autres secrétaires d'État. Darlan a suspendu la séance et imposé une prise de décision sans discussion. Il a alors demandé à chaque ministre de répondre, seul, par « oui » ou par « non » à une série de questions, telles que l'opportunité du procès de Mandel et Reynaud devant le Conseil de Justice politique, l'opportunité de la peine définitive, l'émission d'avis de condamnations provisoires prononcées par Pétain avant la tenue du procès, etc. Le 4 octobre 1941, lorsque la question est à nouveau portée au Conseil des ministres, Darlan a présenté le bilan des réponses. La majorité de « oui » à l'ensemble des questions posées a emporté la décision du Conseil, en dépit de l'opposition de J. Barthélémy².

Darlan rejoint, en revanche, les idées de la Révolution nationale les plus discriminantes. Il a ainsi participé à définir le durcissement du régime, après le discours du « vent mauvais », et a invité en ce sens ses ministres à procéder à l'épuration des communistes parmi les agents des services publics³. Concernant les Juifs, Darlan comme Pétain est plus favorable aux Juifs français qu'aux Juifs étrangers dont il souhaite « le départ »⁴. Toutefois, nombre de mesures antisémites ont concerné tant les Juifs français qu'étrangers⁵. Du reste, concernant la collaboration, Darlan semble s'inscrire en parfaite concordance avec Pétain. Dans une note du 30 janvier, il indique que :

Si nous ne collaborons pas, l'Allemagne peut : a) Occuper tout le territoire ; [...] b) Séparer les deux zones ; [...]. Ayant une épée de Damoclès sur la tête nous devons d'abord songer au présent et, continuant la politique qui nous a conduits à demander l'armistice, nous devons collaborer⁶.

C'est semble-t-il le sens également donné par Pétain à la collaboration⁷. Elle ne doit pas dépasser le cadre initial de l'armistice, comme en témoigne une note ministérielle du 7 juin 1941, adressée par Darlan à ses ministres et secrétaires d'État, dans laquelle il indique que « des fonctionnaires français de la zone occupée se voient imposer par les autorités locales d'occupation des exigences abusives [...] qui [mettent] en péril l'autorité du Gouvernement », car « tout abandon de notre part fournit à l'autorité occupante une base juridique que ne lui accorde pas la

¹ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943*, op. cit., p. 164-165.

² H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan*, op. cit., p. 489-490.

³ Circulaire ministérielle relative à la « répression des menées communistes » du Vice-Président du Conseil, en date du 7 juillet 1941, A.N. 2AG/501.

⁴ R. PAXTON, M. MARRUS, *Vichy et les Juifs*, Paris, Calmann-Lévy, 1980, p. 160.

⁵ Le statut des Juifs du 2 juin 1941 impose le recensement de tous les Juifs. Par ailleurs, la loi du 22 juillet 1941 sur l'éradication de l'influence juive dans l'économie nationale, le décret du 19 novembre qui déchoit les parlementaires Juifs de leur mandat, etc. concernent aussi bien les Juifs français qu'étrangers.

⁶ A. DARLAN, *L'Amiral Darlan parle*, Paris, Amiot-Dumont, 1953, p. 105.

⁷ H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan*, op. cit., p. 396.

Convention d'Armistice »¹. Darlan et Pétain tiennent à ce que la « souveraineté » française – assurée par le gouvernement de Vichy – ne connaisse pas plus d'atteintes que celles qui lui ont déjà été portées par l'armistice. Et, de février à mai 1941, Darlan a formulé de nombreuses demandes à l'Allemagne pour assouplir les conditions de l'armistice qui toutes ont été rejetées. Il a en revanche lui-même dérogé au principe de non-extension de la collaboration, en co-signant avec Abetz les protocoles de Paris, le 28 mai 1941. Même si le Maréchal Pétain est informé par Darlan du contenu de l'accord, c'est lui qui engage la France envers l'Allemagne, ce qui de surcroît est parfaitement contraire au deuxième acte constitutionnel. De fait, celui-ci prévoit que le chef de l'État « négocie et ratifie les traités ». Si Pétain conserve le pouvoir de ratification, son pouvoir propre de négociation est exercé par Darlan. Or, les enjeux des protocoles de Paris sont essentiels, car ils prévoyaient une collaboration franco-allemande étendue au domaine militaire. La France devait mettre à disposition ses aérodromes et ses ports d'Afrique à l'armée allemande. En contrepartie, l'Allemagne aurait permis un renforcement de l'armée française, un assouplissement de la ligne de démarcation, un meilleur ravitaillement de la zone libre et la libération de prisonniers de guerre français. Les membres du gouvernement n'ont été que très peu informés du contenu de ces accords.

Dès que Du Moulin en a saisi la portée, le 29 mai, il a appelé le commandant de l'Afrique du Nord, le Général Weygand, qu'il savait très hostile à une collaboration avec l'Allemagne. Son but était de convaincre Pétain de ne pas ratifier ces accords. Weygand participa au Conseil des ministres des 3 et 4 juin, et s'opposa à Darlan en refusant d'appliquer ces protocoles. Pétain – convaincu par Weygand – ne les a pas ratifiés. Darlan n'a pas supporté que son autorité soit ainsi remise en cause. Dans une note adressée au Maréchal Pétain, il lui a demandé de « l'associer plus particulièrement à sa haute autorité », en lui offrant « délégation totale » des compétences de Weygand², sous peine de démission. C'est ainsi que s'explique l'octroi du ministère de la défense à Darlan. Mais la chute de Weygand – bien qu'ardemment demandée par le Vice-Président du Conseil à Pétain – sera finalement obtenue à la demande de l'Occupant. Le 17 novembre, lorsque Pétain expose à Weygand les notes allemandes sur les griefs³ qui lui sont reprochés, Weygand se retire. Si Darlan a confirmé son autorité sur Weygand, son échec quant au rétablissement d'une collaboration franco-allemande demeure. Celle-ci ne semble décidément être associée qu'à un seul homme : Pierre Laval.

Il est souvent considéré dans la doctrine que l'exécutif bicéphale émerge à partir de 1942, avec le retour de Laval. Il semblerait plutôt que la structure bicéphale de l'exécutif se dégage déjà de la pratique du pouvoir de Darlan, qui, bien que n'en ayant pas le titre, tient lieu de chef du gouvernement. Officiellement cependant, c'est le chef de l'État qui assume également cette fonction. La pratique politique nous offre un tableau bien différent de celui peint par les textes et la présentation officielle du régime de Vichy. Ce décalage – déjà perçu dans cette première période couvrant les deux premières années du régime – sera encore plus manifeste à partir du printemps 1942, avec le retour de Pierre Laval.

¹ Circulaire ministérielle relative à la communication à l'autorité d'occupation d'ordres émanant des Services centraux français du 24 juillet 1941, A.N. 2AG/501.

² Note de Darlan adressée au Maréchal Pétain, le 21 juillet 1941, A.N. 3W/242.

³ Les Allemands le soupçonnent de collaborer avec les Américains et souhaitent son éviction.

PARTIE 2

LE NOUVEAU VISAGE DE L'ÉTAT FRANÇAIS : LA RÉVOLUTION COPERNICIENNE DE L'ANNÉE 1942

Dans les premières années du régime de Vichy, le rôle de Pétain apparaît central bien qu'il existe un véritable décalage entre ce que prévoient les actes constitutionnels et la distribution effective du pouvoir dans les faits. Pétain a en effet délégué nombre de ses compétences au Vice-Président du conseil, à partir de février 1941. Mais le véritable basculement institutionnel du régime intervient en 1942, avec le retour de Pierre Laval, caractérisé par une nouvelle organisation du pouvoir autour de lui. Le chef de l'État est alors tenu à l'écart des affaires du gouvernement. Laval va progressivement accumuler plus de compétences que Pétain n'en a jamais exercé (Titre 1). Cette révolution copernicienne au profit de Pierre Laval, devenu chef du gouvernement, sera accompagnée d'un durcissement des conditions d'occupation, à partir du 11 novembre 1942, au mépris croissant de toute parcelle d'indépendance française (Titre 2).

Titre 1. Les nouveaux ancrages du régime dans la « dictature » Laval

Le retour de Pierre Laval, imposé par les circonstances, s'est réalisé au prix de modifications structurelles du régime politique. M. Prélôt considère même qu'un autre régime politique s'est substitué au régime de Vichy. Le chef de l'État a en effet délégué, à plusieurs reprises, les moyens effectifs d'une dictature à son nouveau chef du gouvernement (Chapitre 1). Laval a par ailleurs œuvré à l'isolement forcé et progressif du Maréchal Pétain qui ne connaîtra plus que partiellement de la conduite des affaires de l'État (Chapitre 2).

Chapitre 1. Une « dictature » imposée par les circonstances

Au début de l'année 1942, Darlan éprouve des difficultés pour communiquer avec l'occupant. Ses échecs multiples, dans la négociation d'un adoucissement des conditions d'occupation, conduiront à un remaniement ministériel au profit du seul homme en qui la puissance allemande place sa confiance en France : Pierre Laval (Section 1). Conscient de sa « valeur », Laval négociera son retour au prix d'une nouvelle distribution des compétences, à son profit, et qu'il obtiendra en novembre 1942 (Section 2).

Section 1. Le retour de Laval, prélude d'un nouveau régime

Les revers de Darlan sont multiples. Toutes les tentatives de restauration de la confiance avec l'Allemagne ont échoué. L'heure du retour de Laval approche. Si J.-P. Cointet considère que les tractations qui ont mené au retour de Laval sont très floues, et que tous « les épisodes n'en sont pas connus », il affirme par ailleurs

qu'est erronée « la thèse d'un Laval ramené au pouvoir en avril 1942 par les Allemands et imposé par eux à Pétain »¹. D'un autre côté, Kupferman – également historien – indique que, le 24 février 1942, un diplomate allemand – Achenbach – a rencontré Pétain et l'a formellement invité à choisir celui qui aura la direction de son gouvernement : « Laval ou Heydrich » – Heydrich étant un haut dirigeant nazi². La menace est claire : sans Laval, l'Allemagne ne maintiendra plus le gouvernement de Vichy. J. Barthélémy précise en outre, dans ses mémoires, que Darlan a été « mis sur la touche sous la pression des Allemands en avril 1942 »³. Il semblerait que l'échec de l'entrevue de Saint-Florentin, du 1^{er} décembre 1941, entre Pétain, Darlan et Göring, ministre allemand de l'aviation⁴, fut l'échec de trop pour Darlan. Dès lors, comme le relève Du Moulin, avec le verbe qu'on lui connaît : « Darlan s'abandonne. Il s'effiloche. Il sent que [...] les Allemands ne lui font plus le même crédit de confiance » et de conclure : « On croit assister à la fin d'un règne »⁵.

En réalité, la chute de Darlan résulte d'un enchaînement de phénomènes qui tiennent tant à l'influence allemande qu'à celle de Du Moulin et de Laval lui-même⁶. En effet, Benoist-Méchin, secrétaire d'État à la Vice-présidence du Conseil chargé des rapports franco-allemands, a fait savoir à Pétain, à la mi-mars 1942, que le dialogue avec l'Allemagne ne pourrait s'instaurer qu'avec un gouvernement dirigé par Laval⁷. Pétain a alors pensé remanier le gouvernement. Et, très curieusement, il a tenu à « sonder le gouvernement allemand sur la liste qu'il a remaniée »⁸. La réponse allemande lui parvint le 11 avril 1942. Elle est très claire, en ce qu'elle précise le nécessaire retour au pouvoir de Laval, à qui devront être confiés les moyens effectifs de la direction de la politique française. Suivront des jours de négociations entre Pétain, Darlan, Laval et l'ambassade allemande en France⁹. Le 14 avril, ils auraient établi un accord. Pétain resterait chef de l'État. Darlan conserverait son titre de dauphin et assisterait le gouvernement sans relever de la combinaison ministérielle. Laval serait en charge des affaires étrangères¹⁰. L'acte constitutionnel du 18 avril finalement adopté sera plus favorable encore à Pierre Laval. Conscient du fait qu'il est présenté comme une main tendue par le régime vers l'Allemagne, afin de rétablir le dialogue, il a conditionné son retour au prix d'une restructuration du pouvoir à son profit – marquant ainsi la fin du règne du Maré-

¹ J.-P. COINTET, *Pierre Laval, op. cit.*, p. 363.

² F. KUPFERMAN, *Laval*, Paris, Tallandier, 2015, p. 368-373.

³ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943, op. cit.*, p. 593.

⁴ Cette rencontre visait à poursuivre la logique des protocoles de Paris. Göring souhaitait utiliser les bases françaises d'Afrique du Nord quand Darlan et Pétain entendaient alléger les conditions de l'armistice. Ils n'ont trouvé aucun accord.

⁵ H. DU MOULIN DE LABARTHÈTE, *Le temps des illusions, op. cit.*, p. 235.

⁶ H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan, op. cit.*, p. 530.

⁷ « Conversations avec Benoist-Méchin », A.N. 3W/287.

⁸ J. BENOIST-MÉCHIN, *A l'épreuve du temps. III. 1947-1971 : souvenirs*, Paris, Julliard, 1993, p. 416.

⁹ Le déroulement du retour de Laval est restitué avec très grande précision par H. COUTAU-BÉGARIE et C. HUAN, voir H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan, op. cit.*, p. 529-544.

¹⁰ P. LIMAGNE, *Ephémérides de quatre années tragiques. 1940-1944*, t. II, Lavilledieu, Éditions de Candide, 1987, p. 507. Nous notons déjà que cet accord du 14 avril sera partiellement modifié par l'acte constitutionnel numéro onze du 18 avril.

chal Pétain. Entre les mois d'avril et de novembre 1942, Laval va asseoir son autorité et œuvrer à attirer dans sa personne toujours plus de pouvoir. Cette période ne sera que la préface de la réforme constitutionnelle de novembre 1942, qui lui concédera formellement les moyens juridiques d'une dictature.

Mais avant cela, le 18 avril 1942, par les décrets n° 1254 et 1255, Pétain nomma Laval chef du Gouvernement et ministre secrétaire d'État à l'intérieur, aux affaires étrangères et à l'information. Le même jour, il adopta un onzième acte constitutionnel, précisant que : « la direction effective de la politique intérieure et extérieure de la France est assurée par le chef du Gouvernement, nommé par le chef de l'État et responsable devant lui. Le chef du Gouvernement présente les ministres à l'agrément du chef de l'État ; il lui rend compte de ses initiatives et de ses actes »¹. Le vœu de Laval (tout comme le vœu allemand) est ainsi exaucé. Par un acte constitutionnel, Pétain a institué un exécutif bicéphale, et a octroyé au chef de gouvernement – qu'il n'est plus – la charge de définir lui-même la politique du régime. Cette compétence n'est pas formellement subordonnée à la réunion du Conseil des ministres. Les ministres sont mentionnés au second alinéa, mais leur rôle n'est pas précisé. Il semblerait qu'ils assistent le chef du gouvernement qui déterminera l'étendue de leur compétence. Partant, sans l'abroger explicitement, cet acte constitutionnel déroge à l'acte constitutionnel II, adopté le 11 juillet 1940, qui confiait la plénitude du pouvoir gouvernemental au chef de l'État, tout comme la nomination et la révocation des ministres.

La lecture des lois constitutionnelles sous Vichy suit l'adage *lex posterior derogat legi priori*. Elles présentent la particularité de s'ajouter les unes aux autres, sans que leur auteur ne tienne compte des éventuelles incohérences qui résultent de leur combinaison. L'acte constitutionnel II n'est à cet égard pas abrogé, et rien n'est dit du chef de l'État. Conserve-t-il concurremment les compétences qu'il a attribuées à Laval ? Seule la pratique permettra de clarifier ce nouveau compromis dilatoire. En tout état de cause, l'acte constitutionnel du 18 avril est déterminant, car il confère à Laval plus de pouvoir que n'en avait Darlan. J. Laferrière considère en ce sens que l'acte constitutionnel XI fixe un « nouveau système de gouvernement de la France ». À partir du 18 avril 1942, « une nouvelle période a été ouverte »². Le même bilan est dressé par Barthélémy qui estime que « l'acte constitutionnel n° 11 a profondément bouleversé la nature et le caractère du régime »³. Le chef de gouvernement a l'initiative de toutes les décisions de l'État français. Le chef de l'État intervient dès lors seulement pour confirmer, *in fine*, la décision politique du chef du gouvernement, sans avoir participé à son élaboration.

Néanmoins, si Pétain est considérablement amoindri, il n'est pas totalement effacé. Il conserve le pouvoir de nommer le chef du gouvernement, et celui-ci est tenu de lui rendre des comptes de son action. L'on peut dès lors traduire l'expression « direction effective », figurant dans l'acte constitutionnel, par la direction de la politique « en pratique ». Cela suppose que formellement ce pouvoir appartient également au chef de l'État, mais qu'il est exercé par le chef du gouvernement. Du moins, est-ce là l'interprétation faite par Laval, dans un communiqué, qui précise que le chef de l'État ne s'était pas « dessaisi » de ses pouvoirs, mais qu'il les avait

¹ J.O. du 19 avril 1942, p. 1479.

² J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France...*, op. cit., p. 151.

³ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943*, op. cit., p. 130.

« délégués » à son profit¹. La terminologie a son importance, car la délégation suppose l'existence de deux volontés : la première appartient au chef de l'État, et la seconde, celle du chef du gouvernement, en est tributaire. P. Limagne indique en ce sens que Pétain avait tenu à conserver la signature exclusive des projets de lois et décrets pour ne pas être écarté du pouvoir. Il entendait conserver « sa place privilégiée » par son pouvoir d'évocation et continuait de conseiller les ministres².

Reste à savoir si la pratique a corroboré cette interprétation de l'acte constitutionnel du 18 avril 1942. Il semblerait que Laval, au fil du temps, ait assis son pouvoir et son autorité au sein du gouvernement, et que les événements de novembre 1942 n'ont fait qu'accélérer la consécration d'une pratique déjà bien ancrée.

Section 2. La consécration d'une pratique nouvelle par les actes constitutionnels de novembre 1942

L'année 1942 est marquée par l'évolution de la guerre qui a indéniablement bouleversé le fonctionnement des institutions. Le 11 novembre 1942, les troupes allemandes ont franchi la ligne de démarcation, en réaction au débarquement anglo-américain du 8 novembre, en Algérie. L'armistice a ainsi sciemment été violé par l'Allemagne, en dépit des protestations du Maréchal Pétain³. L'armée française d'armistice est dissoute. L'Empire français cesse d'exister. Darlan, présent en Afrique du Nord au moment du débarquement allié, se rallie aux anglo-américains. Il sera officiellement⁴ désavoué par Pétain. Le régime de Vichy tiendra à maintenir les apparences d'une « souveraineté » intacte dans une « zone libre » qui, pourtant, sera également occupée par des divisions militaires allemandes. Un communiqué du 13 novembre 1942 précise à cet égard que :

« la présence de troupes de l'Axe en zone libre ne présente pas le caractère d'occupation [...] dans le cadre de la souveraineté française, le chef de l'État et le chef du gouvernement s'attachent à résoudre les problèmes complexes que posent les événements »⁵.

Seront institués, au sein du ministère de l'Intérieur et auprès de tous les départements, des services *ad hoc* en charge des relations franco-allemandes en zone libre⁶. La fiction du maintien de la souveraineté française est de plus en plus difficile à tenir. Cela d'autant plus que l'intrusion allemande dans les affaires locales et nationales, de l'administration et du gouvernement français, s'accroîtra tant en zone libre qu'en zone occupée. De fait, les préfets de zone occupée, dans leurs rapports de novembre 1942 à janvier 1943, protestent contre l'ingérence allemande « dans l'administration française [qui] va s'accroissant ». Ils relèvent que « [les] demandes de renseignement [sont] de plus en plus fréquentes, précises et [les] ordres donnés

¹ M. O. BARUCH, *Servir l'État français...*, *op. cit.*, p. 653.

² Tel que cité par M. O. BARUCH, *ibid.*, p. 659.

³ *Ibid.*, p. 712.

⁴ Officiellement car officieusement il aurait soutenu Darlan en secret, voir les propos rapportés par le Docteur Ménétrel et le Général Auphan, J.-P. COINTET, *Histoire de Vichy*, *op. cit.*, p. 269-270.

⁵ Communiqué du gouvernement de Vichy, A.N. 3W/210.

⁶ M. O. BARUCH, *Servir l'État français...*, *op. cit.*, p. 720.

souvent en contradiction avec les lois françaises »¹. Cette ingérence est confirmée, par une note du 24 mars 1943 du *Befehlsaber Nordwesterns Frankreich* – Commandement allemand du Nord-Ouest de la France –, qui précise la nécessité pour les autorités allemandes de « tendre à diriger et orienter davantage que cela n'a été fait jusqu'à présent l'administration française dans le sens allemand »². Néanmoins, si le territoire est entièrement occupé, à partir de novembre 1942, la ligne de démarcation est maintenue. Elle fut assouplie, dans un premier temps, comme l'indique une circulaire du secrétaire Général du chef du gouvernement, en date du 27 février 1943³. Mais cet assouplissement ne concernait pas les Juifs et les fonctionnaires qui devaient obtenir un « laissez-passer » auprès des autorités allemandes. Puis, à la fin de l'année 1943, les autorités d'occupation se sont opposé au retour à l'unité administrative des départements traversés par la ligne de démarcation⁴.

Au-delà de la ligne de démarcation, c'est surtout le gouvernement de Vichy qui est maintenu. Il n'est pas remplacé par un commandement militaire allemand direct. La tutelle de l'occupant sera cependant nettement plus pesante. Le III^e Reich – qui pouvait déjà empêcher la publication des normes édictées par le gouvernement de Vichy, au Journal Officiel, en zone occupée – va étendre la censure en zone libre. « Pour n'être pas débordé par les événements intérieurs et extérieurs, Pétain » s'en remet, par conséquent, à « l'homme qui aux yeux de l'Allemagne comme aux yeux de la France, incarne la collaboration »⁵, Pierre Laval. D. Rémy considérait que l'acte constitutionnel du 18 avril 1942 n'était que « la première partie du dessaisissement du chef de l'État »⁶. La suivante est intervenue à la suite des événements du 11 novembre 1942 – que nous venons de présenter. Sont adoptés en effet les 17 et 26 novembre 1942, deux nouveaux actes constitutionnels, respectivement les numéros XII et XII *bis*, qui vont davantage réduire le rôle du chef de l'État au sein des institutions du régime de Vichy. Le premier précise, en un article unique, que « hors les lois constitutionnelles, le Chef du Gouvernement pourra, sous sa seule signature, promulguer les lois ainsi que les décrets »⁷. Le second, qui sera le dernier acte constitutionnel adopté par Pétain, complète le précédent en précisant que « le Chef du Gouvernement pourra exercer le pouvoir législatif en Conseil de cabinet dans les conditions prévues par l'article 1^{er} (§ 2) de l'acte constitutionnel n° 2 »⁸.

Par ces actes constitutionnels, Pétain a, dans un premier temps, transféré son pouvoir de promulgation des lois au chef du gouvernement, ce qui semble contrevenir à deux dispositions constitutionnelles préétablies que sont, d'une part, le deuxième acte constitutionnel du 11 juillet 1940 – qui attribuait le pouvoir de promulgation des lois au seul chef de l'État –, et, d'autre part, le onzième acte constitutionnel du 18 avril 1942 – qui précisait que le chef de l'État devait donner son « agrément » au chef du gouvernement par sa signature. Le chef du gouvernement

¹ « Synthèses mensuelles des rapports de préfets entre mai 1942 et juin 1943 », A.N. F1cIII 1198.

² Note du *Befehlsaber Nordwesterns Frankreich* du 24 mars 1943, A.N. AJ40/541.

³ Circulaire du Secrétaire Général du chef du gouvernement du 27 février 1943, A.N. F60/109.

⁴ Circulaire du Secrétaire Général du chef du gouvernement du 17 décembre 1943, A.N. F60/580, Annexe n° 3, p. 148.

⁵ A. FABRE-LUCE, *Journal de la France*, Paris, Imprimerie J.E.P., t. II, 1942, p. 288.

⁶ D. RÉMY, *Les lois de Vichy*, op. cit., p. 178.

⁷ J.O. du 19 novembre 1942, p. 3834.

⁸ J.O. du 27 novembre 1942, p. 3922.

ne pouvait donc adopter de lois sans l'approbation du chef de l'État. Pétain disposait ainsi d'un veto. Ce veto n'est plus. Et, comme l'explique M. O. Baruch, c'est seulement après s'être rendu compte que l'acte constitutionnel XII – à lui seul – ne suffisait pas à transférer le pouvoir législatif mais seulement la compétence de promulgation des lois, que fut adopté l'acte constitutionnel XII *bis*, qui précise que le « pouvoir législatif » pourra être exercé par Laval en Conseil de cabinet. Le chef du gouvernement détient dès lors les moyens d'écarter le chef de l'État de la conduite effective des affaires du gouvernement. Car comme nous l'avons examiné dans la première partie, le Conseil de cabinet est une institution au sein de laquelle le chef de l'État ne siège pas. Il échappe en définitive au chef de l'État, non seulement l'initiative des lois, mais également leur adoption et leur promulgation. Juridiquement, le Chef de l'État peut être exclu de l'activité normative.

Pétain est ainsi devenu un « organe superflu », d'après Barthélémy¹. Il s'agit là d'un bel oxymore, en théorie générale de l'État. L'organe est, d'après Carré de Malberg, l'institution qui exprime la « volonté initiale » de l'État. Ses actes ne s'appuient sur aucun autre organe antérieur et supérieur à lui. Par principe, un organe ne peut être « superflu », il est au contraire essentiel. L'organe est l'institution sans laquelle l'État ne serait pas. Or, comme le relève subtilement J. Barthélémy, sans Pétain, l'État français et le régime de Vichy ne seraient plus. Pourtant, il est de plus en plus effacé de la vie institutionnelle. Le communiqué, publié au Journal Officiel du 19 novembre, précise d'ailleurs que Pétain « continue comme chef de l'État à incarner la souveraineté française et la permanence de la patrie »². Néanmoins, cet organe n'a plus les moyens d'imposer sa volonté. Finalement, par les actes constitutionnels XI, XII et XII *bis*, Pétain a vêtu Laval des attributs de la puissance, qu'il s'était conféré par l'acte constitutionnel II du 11 juillet 1940 – à ceci près que le pouvoir d'adopter des lois constitutionnelles reste un pouvoir propre du chef de l'État – pouvoir propre dont on sait qu'il ne fera plus usage.

Le basculement du régime est souvent associé au mois de novembre 1942, car il est concomitant de l'occupation totale du territoire français. Mais le véritablement retournement institutionnel est le résultat d'une évolution, entamée dès le 18 avril 1942, et dont l'adoption des actes constitutionnels de novembre n'est que la consécration juridique.

Chapitre 2. L'exclusion du Maréchal Pétain de la sphère du pouvoir effectif

L'isolement du Chef de l'État est très progressif. Il est le fruit de nouveaux usages politiques, imposés par Laval, dès son retour en avril 1942, et qui affaiblissent considérablement Pétain (Section 1). De fait, Laval, en moins d'une année, deviendra la nouvelle figure du régime par son omnipotence, décidant de tout, des affaires les plus importantes aux plus accessoires (Section 2).

Section 1. L'affaiblissement croissant du chef de l'État

Le chef du gouvernement attire ainsi à lui la substance des attributions du chef de l'État : le pouvoir gouvernemental qui est celui de la conduite du pays ; le pouvoir de poser des normes juridiques qui est celui de faire la loi et le règlement.

¹ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943*, op. cit., p. 133.

² J.O. du 19 novembre 1942, p. 3834 et s..

Ainsi disparaît après une brève expérience ce qui fut proprement « le régime de Vichy »¹.

M. Prélôt relève ainsi la grande rupture qu'a constituée l'année 1942. Il évoque le début d'un nouveau régime, caractérisé par un « pouvoir quasi-dictatorial », déposé dans les mains de Laval. Après les actes constitutionnels d'avril, puis de novembre 1942, J. Barthélémy s'est interrogé sur la sphère de pouvoir résiduelle du Maréchal Pétain. Il note, avec justesse, qu'il reste au chef de l'État le pouvoir de révocation du chef du gouvernement. Mais il relativise d'emblée cette compétence en indiquant, avec un certain réalisme, que les Allemands ne laisseraient jamais à Pétain l'opportunité de réaliser un second « 13 décembre » – car le retour de Laval symbolise la réouverture du dialogue avec l'Allemagne. Si Pétain souhaitait à nouveau évincer Laval, la France risquerait de perdre toute autonomie. Ce pouvoir de révocation est par ailleurs devenu, au fil du temps, de plus en plus nominal. Il paraît en effet incongru, pour un homme écarté de la pratique du pouvoir, de révoquer le nouveau dictateur du régime.

Le détenteur de l'autorité effective, au sein du gouvernement, n'est plus Pétain mais bien Pierre Laval, comme en témoigne une anecdote rapportée par J. Barthélémy. Celui-ci précise que si les actes constitutionnels de novembre 1942, adoptés par Pétain, prévoyaient un transfert du pouvoir de faire la loi et de la promulguer au chef du gouvernement, tout autre fut l'information divulguée par le ministère de l'information. Dans un communiqué du 18 novembre 1942, le ministère précisait qu'en raison « des circonstances exceptionnelles et pour lui permettre de faire rapidement face aux difficultés, le Maréchal de France, chef de l'État a décidé de donner au Président Laval LES PLEINS POUVOIRS »². Ce texte apparaît sous la forme d'un procès-verbal adopté en Conseil des ministres. Or, J. Barthélémy précise que les ministres n'ont pas été entendus. Ils ont pris connaissance de ce texte à la lecture du Journal Officiel. C'était donc l'œuvre exclusive du ministre de l'information, également chef du gouvernement, Pierre Laval. Cette expression, « les pleins pouvoirs », parue en lettres capitales dans le communiqué, a, d'après J. Barthélémy, bouleversé le Maréchal Pétain³ qui ne disposait plus de l'autorité suffisante pour sanctionner son chef de gouvernement.

Le communiqué semble *a priori* dépasser la portée des actes constitutionnels. Ceux-ci laissaient supposer que Pétain, s'il déléguait ses compétences propres, conservait la faculté de revenir sur sa délégation car il restait le « souverain ». Or, si ce sont les pleins pouvoirs qui sont donnés à Laval, sur quel fondement Pétain peut-il les reprendre ? Sans limites temporelles ou matérielles, seul Laval lui-même est en mesure de décider de la fin de sa « dictature ». Par ailleurs, contrairement à ce que prescrivent les actes constitutionnels, le communiqué ne distingue pas entre le pouvoir de légiférer et celui d'adopter des lois constitutionnelles. « Les pleins pouvoirs » sont l'expression d'un pouvoir absolu. Les actes constitutionnels de novembre 1942 peuvent être interprétés à la lumière des « circonstances exceptionnelles » d'occupation totale de la métropole. Dans ce cas, Pétain a matériellement investi Laval d'une magistrature exceptionnelle et, *a fortiori*, des pleins pouvoirs pour faire face à une situation de crise, mettant en péril l'ordre étatique – créant

¹ M. PRÉLOT, art. cité, p. 673.

² J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943*, op. cit., p. 133.

³ *Ibid.*

ainsi un régime d'exception, sous le régime de Vichy, qui était déjà en lui-même un régime exceptionnel.

Si les pouvoirs étaient déjà suffisamment concentrés dans les mains du Maréchal Pétain, pour que l'on puisse qualifier le régime de Vichy de monocratie autoritaire en 1940, Laval parviendra à réunir, en sa personne, plus de compétences que Pétain n'en a exercées. À cet égard, les actes constitutionnels de novembre 1942 ne sont que la confirmation d'une pratique antérieure, amorcée dès le mois d'avril, avec le retour de Laval. L'acte constitutionnel d'avril 1942 a défini une « situation à établir », d'après l'expression de M. Hauriou, favorable au chef du gouvernement nouvellement institué. Et, entre le printemps et l'automne 1942, Laval l'a enracinée, en attirant à lui la substance des attributions du chef de l'État. Par conséquent, les actes constitutionnels de novembre 1942 n'ont fait que transformer une situation de fait en droit, officialisant ainsi une « situation établie » depuis plusieurs mois. Ceci explique pourquoi Pétain, bien qu'offusqué par le communiqué du 18 novembre 1942, n'ait pas pu s'opposer à Laval. L'autorité l'avait déjà quitté. Sur ce point, nous rejoignons Du Moulin qui considère que le « 11 novembre 1942 se trouvait préfiguré par l'erreur du 18 avril »¹.

L'étude de la vie institutionnelle du régime vient corroborer le déclin du chef de l'État, de plus en plus isolé de l'exercice du pouvoir. De fait, Laval – en réponse au « coup » du 13 décembre 1940 – a congédié tous les supposés responsables de cette trahison, par une vague d'épuration au sein du gouvernement. Comme l'exprime J.-P. Cointet, « Laval n'entendait revenir aux affaires qu'avec des pouvoirs réels et un gouvernement formé d'amis ou d'alliés »². L'épuration satisfait de surcroît la volonté allemande d'exclure les membres de l'appareil d'État hostiles à la victoire allemande. L'Occupant est ainsi à l'origine de l'éviction de Du Moulin. Des souvenirs de l'intéressé :

Le 11 avril, au matin, j'étais convoqué dans le bureau du Maréchal. L'Amiral Darlan m'y donnait lecture d'un télégramme de M. de Rintelen, conseiller diplomatique au G. Q. G. allemand [...] et d'un message téléphoné d'Abetz transmis par Benoist-Méchin. Les deux documents rédigés en termes presque identiques, réclamaient le départ du directeur de Cabinet civil du Maréchal dont l'hostilité « perfide et systématique à l'œuvre de collaboration franco-allemande » n'avait plus besoin d'être démontrée³.

Le départ de Du Moulin a largement participé à l'isolement du Maréchal Pétain. Il occupait ses fonctions depuis le 15 juillet 1940. Il était sans doute l'un des hommes les plus influents du régime, et l'un des interlocuteurs les plus proches de Pétain. Son départ, s'il n'avait pas été imposé par l'Allemagne, l'aurait sans doute été par Laval, car Du Moulin a organisé son renvoi seize mois auparavant. Paradoxalement, il a également eu une influence décisive, malgré lui, dans son retour. Il a en effet plaidé pour le remplacement de Darlan auprès de Pétain, mais il n'avait pas misé sur Laval – trop autoritaire à son goût. Son influence sur le chef d'État était bien connue des Allemands (sans doute parce que ceux-ci étaient bien informés par

¹ H. DU MOULIN DE LABARTHÈTE, *Le temps des illusions*, op. cit., p. 423.

² J.-P. COINTET, *Pierre Laval*, op. cit., p. 373.

³ H. DU MOULIN DE LABARTHÈTE, *Le temps des illusions*, op. cit., p. 420.

certaines membres du gouvernement¹). Deux mois plus tard, en juin 1942, ce sera au tour du Général Laure – directeur du cabinet militaire de Pétain –, depuis le 15 novembre 1940, de quitter ses fonctions. Après l'éviction de ces deux éminentes figures, le cabinet du chef d'État « avait perdu sa tête politique et donc sa capacité d'intervention dans la conduite de la politique du pays »², comme le précise très justement M. O. Baruch. Les deux hommes ont été remplacés par Jardel et Lavagne. Mais le Maréchal Pétain ne plaçait pas en eux la même confiance qu'en leurs prédécesseurs. Ces nouveautés ont largement participé à isoler Pétain. Il ne pouvait plus s'appuyer sur son cercle habituel qui portait à sa connaissance les informations sur les affaires de l'État.

De cette large épuration ne survivront, au sein du gouvernement, que le garde des Sceaux, J. Barthélémy et Romier, ministre d'État. Laval souhaitait en effet purger le régime de tous les idéologues favorables à la Révolution nationale. En juin 1942, c'est le départ de M. Lagrange, commissaire au pouvoir, associé à presque tous les projets de réalisation de la Révolution nationale. Au mois de mai 1942, Vallat, commissaire aux questions juives, est remplacé par Darquier de Pellepoix. Ce remplacement a lui-aussi été commandé par les Allemands, du fait de la réputation de Pellepoix, « champion des propagandistes de la lutte contre les Juifs »³. Le régime est ainsi réinvesti par des hommes nouveaux. Les pétainistes militants, chassés du pouvoir, ont, pour certains d'entre eux, rejoint la Résistance et ont été qualifiés, dans les années 1980, par les historiens, de « vichysto-résistants »⁴. Ce qualificatif témoigne bien du changement de régime, car l'ami d'hier est devenu l'ennemi d'aujourd'hui.

Le basculement institutionnel de l'année 1942 s'accompagne également d'un changement de cap politique. L'idéologie des premières années du régime de Vichy s'éteint, car son promoteur, le chef de l'État, n'est plus au cœur des institutions nouvelles.

Section 2. Le chef du gouvernement, pilier du nouveau régime

Il est une particularité du régime de Vichy, déjà mentionnée en amont, et qu'il convient d'approfondir : le dauphinat. Dès le 12 juillet 1940, le Maréchal Pétain a adopté un acte constitutionnel IV, relatif à la suppléance et à la succession du chef de l'État. L'essentiel tient dans le premier article qui précise que :

Si pour quelque causes que ce soit avant la ratification par la Nation de la nouvelle Constitution, nous sommes empêché d'exercer la fonction de chef de l'État,

¹ Information relayée par Joseph Barthélémy dans ses mémoires mais également par M. O. BARUCH (*Servir l'État français...*, *op. cit.*, p. 711). Il existe aussi des pièces d'archives en ce sens aux cotes suivantes – A.N. F60/1554 et AJ40/565.

² M. O. BARUCH, *Servir l'État français...*, *op. cit.*, p. 655.

³ Rapport du docteur Klassen de l'Ambassade d'Allemagne du 5 avril 1943 cité par JOLY L, « Darquier de Pellepoix 'champion' des antisémites français (1936-1939) » [<http://www.memorialdelashoah.org/wp-content/uploads/2016/05/texte-reference-memorial-shoah-oly.pdf>] (consulté le 5 mai 2018).

⁴ Voir pour plus d'informations sur ce point, J. BARASZ, « De Vichy à la Résistance : les vichysto-résistants 1940-1944 », *Guerres mondiales et conflits contemporains*, vol. 242, n° 2, 2011, p. 27-50.

M. Pierre Laval, Vice-Président du Conseil des ministres, l'assumera de plein droit¹.

Le chef de l'État avait ainsi prévu sa propre succession, en désignant son dauphin. En juillet 1940, il s'agissait du Vice-Président Laval. À la date de son renvoi, le 13 décembre 1940, il est adopté une nouvelle version de l'acte IV qui laisse au Conseil des ministres la charge de désigner le successeur de Pétain, s'il était empêché d'exercer ses fonctions. Le 10 février 1941, l'acte IV *quarter* fait de Darlan le nouveau dauphin. Le dauphinat semblait alors être accordé au deuxième homme du régime, le Vice-Président du Conseil. Mais, au retour de Laval, en avril 1942, Pétain a maintenu son choix d'attribuer sa succession à Darlan. Il distinguait ainsi deux offices : celui du chef du gouvernement – Laval – et celui de son héritier – l'Amiral Darlan. Pétain finira néanmoins par désigner Laval comme dauphin, par l'acte IV *quinquies*². Ce choix s'explique par la « trahison » de Darlan qui a rejoint les Alliés, comme nous l'avons évoqué en amont. S'appuyant sur l'acte constitutionnel IV *quarter* qui l'avait fait « dauphin », Darlan s'est proclamé Haut-commissaire pour la France en Afrique, considérant le « Maréchal empêché » d'exercer ses fonctions dans la région concernée. Il est désavoué par Pétain, qui, en conférant les moyens nécessaires à l'exercice d'une dictature à Pierre Laval, désigne également celui-ci comme son successeur. C'est une autre figure marquante du premier régime de Vichy – l'Amiral Darlan – qui disparaît. L'acte IV *quinquies* présente par ailleurs quelques nouveautés, eu égard aux précédents actes constitutionnels relatifs au dauphinat. Il indique en effet que le Conseil des ministres « définira et fixera en même temps les pouvoirs et attributions respectifs du chef de l'État et du chef du gouvernement, dont les fonctions seront distinctes ». Cette disposition ne vaut que si Laval est lui aussi empêché. Autrement dit, si Pétain était empêché, Laval conserverait sa fonction de chef de gouvernement, mais il exercerait également celle de chef de l'État. S'il devait être empêché à son tour, le Conseil des ministres devrait désigner un nouveau chef d'État, dont les fonctions seraient distinctes de celles du chef du gouvernement. Cet acte constitutionnel signifie toute l'étendue de la puissance de Laval. En novembre 1942, les deux fonctions de chef de l'État et de chef du gouvernement sont distinctes, et, Pétain lui-même, ne les réunit plus. Or, l'acte constitutionnel IV *quinquies* reconnaît à Laval la possibilité de réunir ces deux fonctions, si Pétain était empêché. Laval jouirait dès lors de compétences équivalentes à celles de Pétain en 1940. Dans le rapport de force Pétain-Laval, le second a pris l'ascendant.

Le chef de l'État est par ailleurs isolé, car il n'est plus familier de la nouvelle structuration du pouvoir, qu'il a pourtant participé à dessiner. Laval associe de moins en moins Pétain à la conduite des affaires de l'État. Dans un premier temps, il est tenu à l'écart des réunions ministérielles. « On ne le tenait pas au courant », souligne le garde des Sceaux³. Laval convoquait en effet uniquement le Conseil de cabinet. Mais, après les protestations du Maréchal Pétain, Laval a de nouveau réuni le Conseil des ministres, avec le chef de l'État, tout en précisant que cette réunion n'était que formelle. Les décisions n'étaient pas prises en Conseil des ministres. En avril 1942, la participation de Pétain à l'œuvre normative était déjà réduite, du fait

¹ J.O. du 12 juillet 1940, p. 4517.

² J.O. du 19 novembre 1942, p. 3834.

³ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943, op. cit.*, p. 133.

du remplacement de son entourage. Il ne retravaillait plus les projets de loi des ministres au sein du cabinet civil. La présentation des projets de lois au Maréchal Pétain se limitait ainsi à l'obtention finale de sa signature, qui, à partir de novembre 1942, ne sera plus nécessaire. Une circulaire du 15 décembre 1942 de Pierre Laval précisera aux ministres les nouvelles exigences en matière de signature des lois et décrets¹. Ceux-ci peuvent « être signés soit par le Maréchal de France, Chef de l'État, soit par le Chef du gouvernement sans qu'il y ait lieu de décider par avance laquelle des deux procédures sera suivie ». Ce sera « au Secrétariat général du Gouvernement, auquel incombera le soin de » décider à qui revient la signature. Les ministres sont donc tenus de « *laisser en blanc* les emplacements nécessaires » aux mentions des signatures.

Cette circulaire est une habile manœuvre du chef du gouvernement. Formellement, elle ménage la compétence subsistante du chef de l'État de promulguer les lois et décrets. Mais en pratique, le Secrétariat général du Gouvernement ne soumettra qu'exceptionnellement les projets de loi à la signature du chef de l'État. C'est ainsi l'usage qui est venu trancher le compromis dilatoire – pour reprendre à nouveau l'expression de Schmitt –, introduit par les actes constitutionnels qui dotaient le chef du gouvernement de compétences sans en déposséder le chef de l'État. Le constat est unanime parmi les juristes tels que J. Barthélémy, Laferrière, et Prélôt : Pétain avait autant – si ce n'est moins – de pouvoirs, après le mois de novembre 1942, que le chef d'État sous la III^e République. Il était devenu « une sorte de Président de la République, présidant le Conseil des ministres mais ne le dirigeant pas »². Cette éviction était moins le résultat de sa volonté que de la nouvelle organisation des institutions, imaginée « sur-mesure » par et pour Laval. Comme l'indique Barthélémy, « à son arrivée, Laval n'a pas constitué de Cabinet dans les formes traditionnelles »³. Et ceci s'entend parfaitement quand on connaît les visées de Laval.

S'il voulait se placer au centre des institutions, il fallait rompre avec le fonctionnement antérieur du gouvernement, et ne pas se contenter de s'adapter aux anciennes structures, mais adapter celles-ci à sa mesure. Il a réduit le nombre d'hommes au sein de son cercle le plus proche et n'a pas nommé de directeur de Cabinet, de chef de Cabinet, de sous-chefs ou attachés. Il s'est entouré d'un secrétaire Général, Jacques Guérard, en qui il avait parfaitement confiance. Celui-ci assistait au Conseil des ministres. D'ailleurs, d'après Berthelot, Guérard occupait « un poste plus important qu'un ministre »⁴. La vague d'épuration des pétainistes a précédé le flot d'entrée des « collaborationnistes » qui ont occupé les postes clés du gouvernement, comme Rochat – ministre aux Affaires étrangères, Bousquet à la police, Hilaire – secrétaire Général du ministère de l'intérieur, et même plus tard, en 1944, Déat – ministre au Travail et à la Solidarité sociale. Ces multiples changements ont participé à isoler Pétain. Ils traduisent une véritable révolution copernicienne, l'épicentre du pouvoir prenant le visage de Laval. L'indépendance de ce dernier à l'égard du chef de l'État sera d'autant plus grande, à partir d'avril 1943 –

¹ Circulaire du chef du gouvernement « Rédaction et signature des lois et décrets », le 15 décembre 1942, A.N. F60/580, Annexe n° 4, p. 149.

² M. O. BARUCH, *Servir l'État français...*, op. cit., p. 654.

³ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943*, op. cit., p. 131.

⁴ J. BERTHELOT, *Sur les rails du pouvoir*, Paris, Robert Laffont, 1968, p. 297-280.

date à laquelle le gouvernement fait son retour à Paris, tandis que le Maréchal Pétain reste à Vichy, toujours plus écarté des intrigues politiques de l'État français.

À partir de l'année 1942, Pierre Laval constitue donc le pilier du nouveau régime. Néanmoins, l'étendue toujours plus importante de ses compétences s'accompagne, paradoxalement, d'une réduction de son indépendance, du fait de l'emprise croissante du III^e Reich sur la politique de l'État français.

Titre 2. Concentration des pouvoirs et dilution de la souveraineté : la dialectique de la collaboration

Laval est certes le pilier du nouveau régime, car plus aucune autre institution n'exerce autant de pouvoir que lui, mais il est totalement inféodé à la volonté allemande. Depuis l'invasion de la zone sud, le 11 novembre 1942, l'intrusion de la puissance occupante dans les affaires internes de l'État français est flagrante. Laval tient ce rôle – du moins équivoque – de dictateur de l'État français et de vassal du III^e Reich (Chapitre 1), ce qui réduit progressivement la sphère d'indépendance du régime de Vichy au mépris des apparences de souveraineté française, que ce régime s'était pourtant employé à sauvegarder (Chapitre 2).

Chapitre 1. Laval, dictateur d'un régime et vassal d'un autre

Depuis le retour de Laval, le régime évolue suivant une curieuse dialectique, entre accroissement des compétences de Laval et disparition de l'indépendance du gouvernement de l'État français. De fait, au sein du régime de Vichy, Laval est un autocrate qui délègue le moins de compétences possible à son entourage politique (Section 1). Son pouvoir est néanmoins dédié à l'application des demandes de l'occupant. Laval – organe essentiel de l'État français – est devenu un fonctionnaire du III^e Reich (Section 2).

Section 1. L'omnipotence de Laval dans le travail gouvernemental

Laval est indéniablement parvenu à imposer son autorité, au sein du gouvernement, au point de céder « à la tentation, fort peu républicaine dans ses principes, du véritable pouvoir personnel »¹. Il parvint à rendre son accord indispensable à l'adoption de toute mesure de grande ou moyenne importance. Et, c'est au travers de pléthore de circulaires, qu'il a discipliné ses ministres, devenus ses subalternes. À titre d'exemple, par une circulaire du 7 septembre 1942, avant même l'adoption des deux derniers actes constitutionnels, Laval a interdit aux ministres d'édicter un acte différent de celui qui lui a été exposé, sans avoir obtenu une nouvelle fois son agrément². Laval est ainsi informé d'absolument tout le travail de ses ministres. Rien ne lui échappe. Cette circulaire témoigne également de la faible – voire de l'absence totale – d'autonomie laissée par le chef du gouvernement à ses ministres. Ceux-ci sont réduits, plus que dans les deux premières années du régime, au simple rôle d'exécutant d'une volonté initiale exprimée par Laval lui-même. Les projets de loi ne sont plus discutés dans une enceinte collégiale. Au travail gouvernemental en conseil, sont préférés les rapports bilatéraux entre Pierre Laval et le ou les ministre(s) concerné(s).

Par cette nouvelle organisation, Laval entendait anéantir toute forme de solidarité gouvernementale. Par principe, elle n'a jamais eu cours sous le régime de Vichy, du fait de l'absence d'un organe parlementaire qui constitue la source essentielle de la cohésion gouvernementale. Dans les deux premières années du régime, cependant, les ministres avaient été conduits à travailler de concert, au sein du Conseil de cabinet ou au sein d'instances plus resserrées. Ils ont même pu s'associer dans certaines entreprises, dont l'exemple le plus saisissant reste le renvoi de

¹ M. PRÉLOT, art. cité, p. 710.

² Circulaire du chef du gouvernement du 7 septembre 1942, A.N. F60/278.

Pierre Laval, le 13 décembre 1940. Pour étouffer toute tentative de conspiration, et surtout pour éviter que ne s'institue un contre-pouvoir même minime, Laval s'est employé à empêcher toute cohésion gouvernementale. « Il y a des conseils des ministres et des conseils de cabinet. Mais le gouvernement n'est à aucun degré un gouvernement collégial »¹. J. Barthélémy évoque, dans ses souvenirs, les propos de Laval, tenus lors d'un Conseil des ministres, très révélateurs de sa conception du pouvoir. Il a déclaré que « les ministres peuvent parler s'ils tiennent à libérer leur conscience mais ils ne changeront rien à rien »². Ainsi, si les conseils des ministres avaient relativement peu d'intérêt sous Darlan, nous devinons leur vacuité, à partir de novembre 1942.

Le compromis dilatoire résultant de l'acte XI est ainsi tranché par la pratique : Pétain ne dispose pas d'une compétence législative concurrente. Comment aurait-il pu en disposer quand, en pratique, les projets de loi sont discutés entre Laval et les ministres concernés, sans que le Conseil des ministres ne puisse, en aucune manière, modifier ce qui a été préalablement décidé ? N'est-ce pas en outre constitutif d'une violation de l'acte constitutionnel XII *bis*, le fait que Laval légifère, en pratique, « hors » de tout conseil, et non pas « en » Conseil de cabinet ? Comme le souligne M. O. Baruch, Laval disposait de pouvoirs dictatoriaux, sans qu'il n'existe plus aucun contre-pouvoir³. Antérieurement, entre 1940 et 1942, les rapports de force au sein du gouvernement étaient nombreux. L'ensemble des ministres pouvaient faire front au Maréchal Pétain, lorsqu'ils l'estimaient nécessaire, emportant en principe sa décision, comme en témoigne une nouvelle fois le renvoi de Pierre Laval. De même, si le Vice-Président du conseil s'opposait à un projet de loi, le ministre concerné pouvait tenter de convaincre Pétain et les autres ministres pour obtenir satisfaction. Dorénavant, aucun projet politique ne peut être réalisé sans l'accord de Laval, et celui-ci peut décider sans l'accord des ministres ou du chef de l'État. Se voulant la seule incarnation de l'autorité, Laval se permettait en outre de « passer par-dessus la tête du ministre pour collaborer directement en dehors du ministre et sans l'en informer avec les fonctionnaires du département ministériel »⁴. J. Barthélémy signale ainsi le fait que Laval communiquait directement avec son secrétaire Général, sans l'en informer ; ce qui, pour le garde des Sceaux, constituait un « pur sabotage du gouvernement »⁵. De même, pour se préserver de tout escamotage contre lui, et afin d'éviter tout empiètement dans sa sphère de compétences, il s'assurait de ne jamais laisser Pétain seul. J. Barthélémy relève en effet qu'il n'était plus possible, à partir de novembre 1942, pour aucun ministre, de s'entretenir seul avec le chef de l'État. Il était en effet systématiquement assisté d'un proche du chef du gouvernement⁶.

L'omnipotence de Laval tient par ailleurs à l'étendue de ses compétences. M. Prélot note avec justesse que, dès le 25 avril 1942 – date à laquelle s'est tenu le deuxième Conseil de cabinet depuis le retour de Laval –, celui-ci avait déjà concentré entre ses mains quantité de pouvoir. Reprenant la coutume instituée par Darlan, Laval cumulait la direction de différents portefeuilles ministériels. De fait, il a été

¹ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943, op. cit.*, p. 149.

² *Ibid.*

³ M. O. BARUCH, *Servir l'État français...*, *op. cit.*, p. 687.

⁴ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943, op. cit.*, p. 146.

⁵ *Ibid.*, p. 53.

⁶ *Ibid.*, p. 57.

nommé par deux décrets du 18 avril 1942, chef du gouvernement, ministre des affaires étrangères, de l'intérieur et de l'information. Il dispose, à ce titre, des moyens nécessaires pour définir seul la politique étrangère, intérieure et la propagande de l'État français. Il préside également la direction des services de l'armistice, et dispose par là même de tous les leviers nécessaires à la mise en place de la politique étrangère française. Concernant les autres compétences qu'il va attirer dans ses fonctions de chef du gouvernement, elles sont de moindre importance, mais Laval les réunit sans doute pour satisfaire son obsession de tout contrôler. Il dirige par exemple la délégation générale à l'équipement national, tout comme le service des contrôles techniques, chargé de la surveillance et de la censure de la correspondance et des communications téléphoniques et télégraphiques. Et, pour les domaines dans lesquels il ne peut assurer un contrôle direct, il place des hommes de grande confiance. Ainsi, par son ami Cathala, ministre secrétaire d'État à l'Économie nationale et aux Finances, il contrôle le Comité économique et la Délégation générale aux relations franco-allemandes.

Du reste, la volonté du chef du gouvernement, de connaître de tout le travail gouvernemental, s'illustre à différents niveaux. Et les mémoires de J. Barthélémy se révèlent, une nouvelle fois, très instructifs, car il insiste sur le clivage entre les méthodes de gouvernement de Darlan et celles de Laval. Avec Darlan, il disposait d'une pleine liberté quant à la nomination des membres du Conseil d'État. Avec Laval, au contraire, « j'ai continué à signer toutes les nominations, je ne les ai pas toutes faites [...] M. Laval me fit donner l'ordre de nommer chef du personnel à la Justice M. Cannac. Je résistais et ce fut certainement, j'en étais informé à l'avance, une des causes de mon départ »¹. Laval ne laissait plus aucune autonomie décisionnelle à ses ministres qui étaient devenus des agents d'exécution de ses volontés. S'ils résistaient, ils étaient écartés. Tel fut le sort réservé à J. Barthélémy, le 26 mars 1943, après avoir été l'un des derniers « pétainistes » à avoir survécu à la vague d'épuration.

De manière générale, tous les ministres devaient demander l'agrément du chef du gouvernement, avant toute nomination dans leur cabinet². Laval assurait directement la discipline interne des ministères. Il définissait ainsi très régulièrement le bon comportement à suivre, par le biais de circulaires. Il a exigé des ministres, nous l'avons déjà évoqué, qu'ils laissent un « blanc » à la place du nom du signataire des actes qu'ils édictaient. De même, il leur a enjoint, dans une circulaire du 20 août 1943, de soumettre leur projet d'importance à l'appréciation du Conseil d'État³. Constatant que ces deux circulaires n'avaient pas été obéies, il a systématiquement tenu à assurer leur respect. Pour la première, il a adressé une deuxième note ministérielle, le 29 décembre 1942, soit quatorze jours après la précédente, dans laquelle il indiquait avoir constaté que :

¹ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943*, op. cit., p. 145-146.

² Circulaire ministérielle du 26 mars 1943, A.N. F60/580.

³ Circulaire ministérielle n° 4778 SG du 20 août 1943, A.N. F60/580.

ces instructions ne sont pas encore observées par la généralité des Administrations qui continuent de rédiger les textes suivant les règles antérieures. [...] Dorénavant les textes présentés d'une façon non-conforme aux prescriptions ci-dessus rappelées seront renvoyés non signés aux Départements responsables¹.

Pour la seconde, Laval a également renvoyé une circulaire, le 17 novembre 1943, qui précisait que :

les prescriptions de ma circulaire précitée n'ont reçu application que dans des cas beaucoup trop rares. [...] Je crois utile, dans ces conditions, de vous faire connaître que j'enverrai directement au Conseil d'État, parmi les textes soumis à ma signature, ceux qui me paraîtront requérir l'examen de la Haute Assemblée².

Les textes élaborés par les ministres leur échappaient donc complètement, une fois communiqués au Secrétariat général du Gouvernement, car s'ils étaient soumis au Conseil d'État, ils pouvaient être modifiés et renvoyés au chef du gouvernement, sans que les ministres puissent émettre quelques commentaires ou objections sur les retouches apportées à leur projet. Il n'est pas exagéré, par conséquent, de qualifier Laval de chef du gouvernement omnipotent.

Néanmoins, la dictature Laval ne représente qu'une facette du régime. Comme l'exprime, à très juste titre, P. Limagne, « à défaut du contrôle de Pétain, Laval devait se soumettre au contrôle d'Hitler »³.

Section 2. La politique d'un « dictateur » dictée par le III^e Reich

L'un des plus proches collaborateurs de Laval, Guérard, racontait que Laval était « revenu au pouvoir pour faire sa politique extérieure, non sa politique intérieure »⁴. Le retour de Laval représente, à cet égard, un renversement de direction politique pour le régime. Laval n'a en effet jamais adhéré au projet de la Révolution nationale. Dans les premiers temps du régime, il était plus indifférent qu'opposé à sa réalisation. À son retour, en avril 1942, il ne lui laisse plus aucune place. Les ministres qui y étaient associés ont été exclus du gouvernement. Laval a par ailleurs indiqué, le 22 juin 1942, dans un discours à Chichéry, s'être « opposé dès le début aux fantaisies de la Révolution nationale »⁵. Le retour de Laval met donc fin à l'ère des collaborateurs, des pétainistes, auquel succèdent les collaborationnistes – convaincus que la France ne restera un État puissant que si elle s'allie et se transforme à l'image du III^e Reich. À ce propos, Laval a émis le souhait, dans un discours du 22 juin 1942, de la victoire de l'Allemagne. La priorité pour Laval étant la politique de collaboration, il a souhaité disposer directement des moyens de conduire seul la politique étrangère. Il a dès lors associé le moins possible d'hommes aux échanges franco-allemands et œuvré à devenir, comme il l'avait souhaité en 1940, l'interface privilégiée entre le régime de Vichy et le III^e Reich. Deux circulaires du Secrétariat général du Gouvernement en témoignent. L'une d'elles date du 30 novembre 1943 et est adressée aux ministres. Elle les « prie de bien vouloir lui signaler au fur et à

¹ Circulaire ministérielle relative à la rédaction et signature des lois et décrets, 29 décembre 1942, n° 5.629/S.G., A.N. F60/580, Annexe n° 5, p. 150.

² Circulaire ministérielle du 17 novembre 1943, A.N. F60 580.

³ P. LIMAGNE, *Ephémérides de quatre années tragiques...*, op. cit., p. 902.

⁴ Tel que cité par M. O. BARUCH, *Servir l'État français...*, op. cit., p. 716.

⁵ *Ibid.*

mesure qu'elles se posent, les questions ressortissant à [leur] Département qui nécessitent à [leur] avis une intervention personnelle du Chef du gouvernement auprès des Autorités d'Occupation »¹. Déjà, une circulaire du 5 mai 1943 indiquait que « toutes les communications destinées à l'Ambassade [d'Allemagne] doivent, pour être prises en considération, émaner du Chef du Gouvernement lui-même ou de l'Ambassadeur de France »². Laval transmettait ainsi l'injonction initiale de l'Occupant qui n'hésite plus à rappeler à l'ordre l'Administration française : « l'Ambassade d'Allemagne rappelle que les Services [...] n'ont pas à s'adresser directement au représentant du Gouvernement du Reich à Paris ».

La France totalement occupée de l'après-novembre 1942 ne dispose plus de leviers effectifs de commandement. C'est l'occupant qui commande, comme le montre aussi l'exemple du Service de Travail obligatoire (STO), qui confirme d'une part, le revirement politique entrepris par Laval qui se détourne de la Révolution nationale, et, d'autre part, la compromission du régime avec le III^e Reich. De fait, la politique du travail du régime de Vichy, initialement axée autour de l'élaboration d'une Charte du travail, s'est avec Laval focalisée sur l'instauration du STO³. Le STO résulte d'un compromis entre Laval et Sauckel – qui était alors depuis le 21 mars 1942 le « plénipotentiaire Général pour l'emploi de la main-d'œuvre ». Il était à ce titre chargé par le III^e Reich de recruter massivement, dans les territoires contrôlés par l'Allemagne, la main d'œuvre nécessaire pour participer à l'effort de guerre dans les usines allemandes. En mai 1942, il a imposé à Laval la réquisition de deux cent cinquante mille travailleurs français, le menaçant d'adopter lui-même une ordonnance, en zone occupée, pour s'assurer de cette mobilisation⁴. Laval a concédé à Sauckel l'adoption d'une loi par le régime soumettant tous les Français de dix-huit à trente-six ans au STO. L'avis des ministres ne sera pas demandé, tout comme les préoccupations de Pétain – quant à l'effet sur l'opinion publique d'une telle mesure – ne seront pas considérées⁵. Laval s'assurera par des directives internes de l'effectivité de la réquisition, comme en atteste une note adressée aux préfets, le 1^{er} juin 1942, dans laquelle il leur ordonne d'appréhender les fonctionnaires « qui se dérobent à l'application des lois » sur le STO, et de les diriger « sous [leur] contrôle, vers l'Allemagne »⁶. Ainsi, l'omnipotence de Laval était au service de la bonne réalisation de la politique de collaboration.

La politique de collaboration de Laval a par ailleurs eu des conséquences notables en matière de répression policière. La nouvelle amitié franco-allemande, voulue par Laval, impliquait une convergence des luttes contre les opposants et les ennemis du régime. Concernant le STO, par exemple, une circulaire du chef du gouvernement – adressée aux ministres et au Directeur Général de la Gendarmerie le 11 juin 1943 – précisait que les réfractaires au départ vers l'Allemagne, « au lieu

¹ Circulaire du Secrétariat général du Gouvernement, le 30 novembre 1943, A.N. F60/580, Annexe n° 6, p. 151.

² Circulaire du Secrétariat général du Gouvernement., le 5 mai 1943, n° 1980/SG, A.N. F60/580.

³ Loi du 16 février 1943, *J.O. du 17 février 1943*, p. 461.

⁴ J.-P. COINTET, *Pierre Laval, op. cit.*, p. 391.

⁵ J. BARTHÉLÉMY évoque dans ses mémoires que Laval a indiqué que la discussion en Conseil des ministres était purement formelle car tout était déjà prévu. J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943, op. cit.*, p. 149.

⁶ Circulaire ministérielle de Laval du 1^{er} juin 1943, n° 3649 SG, A.N. F60/580.

de faire l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par le juge d'Instruction [...] feront désormais l'objet d'un arrêté d'internement administratif pris par vos soins »¹. Ce type d'arrêté administratif permettait la recherche, l'arrestation et l'internement du réfractaire, jusqu'à son départ forcé pour l'Allemagne. Un tel durcissement de la politique du régime était parfaitement assumé par Laval, tel que l'illustre son discours du 13 décembre 1942, dans lequel il déclare :

je briserai toutes les résistances [...] Déjà plus de mille hommes ont été arrêtés par mes soins [...] Je suis décidé maintenant à épurer l'administration de tous ceux qui sont restés fidèles au Front populaire [...] Vous êtes de ceux qui avez choisi le communisme. Tout nous sépare. Nous ne pouvons plus vivre ensemble. Nous en sommes arrivés au moment où il ne nous est plus possible de cohabiter dans le même pays.²

La répression des ennemis, que nous avons déjà traitée en première partie, se poursuit et s'intensifie. Parfois, l'ennemi d'hier ne correspond plus totalement à l'ennemi d'aujourd'hui. La franc-maçonnerie, réprimée par le premier régime de Vichy, ne l'est plus depuis le retour de Laval³. Cela étant, le visage de l'ennemi du régime reste le même qu'en 1940, et la répression s'accroît principalement contre les Juifs. Laval a en effet radicalisé la politique antisémite par des mesures « d'internement massif et de déportation de familles et non plus seulement d'hommes seuls »⁴, indique l'historien S. Klarsfeld.

Ainsi, plus que jamais auparavant, le régime de Vichy se soumet de plein gré à la volonté allemande, car l'Allemagne est perçue, par Laval, comme une nation amie. Or, les Allemands n'ont jamais envisagé la France comme une « amie » du III^e Reich.

Chapitre 2. L'anéantissement assumé de la souveraineté française

Progressivement, la politique de collaboration de Laval porte ses fruits, et l'opinion favorable au régime est de plus en plus minoritaire. Pour pallier ce défaut croissant de légitimité, Pétain tenta un « coup d'État » constituant, dans un dernier sursaut, pour sauver le régime de Vichy d'un effondrement qui paraît alors inéluctable. Il sera empêché et placé sous surveillance (Section 1). Face à l'avancée des troupes alliées, l'Allemagne exercera une pleine tutelle sur le gouvernement et le régime basculera vers une fascisation progressive. L'Allemagne emportera avec elle le Maréchal Pétain, le gouvernement de Laval et le régime de Vichy (Section 2).

Section 1. La tentative avortée du « coup d'État » constituant du Maréchal Pétain

« Dans l'état de 1943, il y a un grand symbole, l'image sainte à la porte de la maison, la figure de proue à l'avant du navire : c'est le Maréchal »⁵. Le Maréchal Pétain, évincé de l'exercice du pouvoir, dispose toujours d'une compétence propre, c'est le pouvoir constituant. L'acte constitutionnel numéro XI prend en effet le soin de préciser que si la délégation de signature du chef de l'État est totale en faveur

¹ Circulaire ministérielle de Pierre Laval n° 2804/SG du 11 juin 1943, A.N. F60/580.

² Comme en témoigne un rapport sur les manœuvres de la Franc-maçonnerie du 10 avril 1943, « M. Laval lui-même a favorisé toutes les manœuvres maçonniques en France », A.N. 2AG/501.

³ H. COUTAU-BÉGARIE, C. HUAN, *Darlan, op. cit.*, p. 505.

⁴ Klarsfeld S., *Vichy-Auschwitz. La « solution finale » de la question juive en France*, t. 1, Paris, Fayard, 2001, p. 54-55.

⁵ J. BARTHÉLÉMY, *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943, op. cit.*, p. 149.

de Laval, elle ne concerne pas la compétence constituante. Pétain n'adopta cependant plus aucun acte constitutionnel, à partir du mois de novembre 1942. Cela étant, l'origine de son pouvoir constituant réside dans la loi du 10 juillet 1940. Elle précise, pour rappel, que « l'Assemblée nationale donne tous pouvoirs au Gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain, à l'effet de promulguer par un ou plusieurs actes une nouvelle constitution ». En pratique, nous l'avons déjà observé, c'est le Maréchal Pétain qui adopte seul les actes constitutionnels. J. Barthélémy considère à cet égard que la loi du 10 juillet 1940 a délégué le pouvoir constituant à Pétain. Pour M. Prélôt, la loi du 10 juillet a octroyé à Pétain un pouvoir constituant dérivé, auquel il a substitué un pouvoir constituant originaire¹.

Si l'on s'en tient à la lettre du texte, il serait somme toute logique de considérer que la Nation reste le pouvoir constituant, car c'est elle qui doit ratifier la nouvelle Constitution. Cependant, aucun des actes constitutionnels n'a été ratifié par elle, car, du point de vue de Pétain, ils ne constituent pas la nouvelle Constitution. Ils concernent le régime transitoire de redressement national, nécessaire avant l'adoption d'une nouvelle Constitution. Une première difficulté d'analyse se pose dès lors. Les actes constitutionnels sont-ils assimilables à un ordre constitutionnel ? Le cas échéant, font-ils tout de même de celui qui les adopte le pouvoir constituant ? Autrement dit, peut-on considérer que Pétain incarne le « pouvoir constituant » ? Les actes constitutionnels n'établissent pas un régime politique, mais un ordre transitoire, en période de crise grave de l'État. Le régime de Vichy n'entend pas devenir un régime durable. C'est un système gouvernemental qui prétend réaliser une Révolution institutionnelle. Baudouin nous éclaire à ce sujet lorsqu'il indique qu'au « lieu d'être la base de l'édifice, la Constitution en sera le toit »². Les fondations du nouveau régime doivent en effet être posées par le régime de Vichy, plus précisément par Pétain, qui les couronnera *in fine* de la nouvelle Constitution. À cet égard, Pétain détenait un pouvoir constituant-constitué, à la fois auteur des actes constitutionnels, et chef de l'État du régime transitoire qu'il créait. En 1943, ne participant plus véritablement à la vie institutionnelle en tant que pouvoir constitué, il tenta de recourir à son pouvoir constituant pour parer la dérive du régime. Mais il fut, lui aussi, réduit à néant.

De fait, en septembre 1943, Laval » entraîne le Maréchal dans son impopularité [...]. Il n'a plus aucune autorité. Le Maréchal est décidé à réagir, à le renvoyer à la première occasion », indique L. Romier³. Pétain pense recourir à son pouvoir constituant pour pallier le défaut de légitimité croissant du régime. Le 27 septembre 1943, il rédige une première version de l'acte constitutionnel numéro IV *sexies*, dans une grande discrétion. Celui-ci indiquait qu'en cas d'empêchement du Chef de l'État, ses fonctions reviendraient à un collège de huit personnes⁴. Pétain souhaitait également réunir l'ancienne Assemblée nationale, pour adopter une nouvelle Constitution, reprenant le projet constitutionnel réalisé conjointement par J. Barthélémy et le Conseil national. Le 12 novembre 1943, il informe Laval de

¹ M. PRÉLOT, art. cité, p. 29.

² Tel que cité par M. PRÉLOT, *ibid.*, p. 27.

³ Tel que cité par M. FERRO, *Pétain*, Paris, Fayard, 1987, p. 495.

⁴ Amiral Auphan, Général Weygand, le président Caous – procureur Général près de la cour de cassation, François Porché – Vice-Président du Conseil d'État, le recteur de l'université de Paris, l'ambassadeur Léon Noël, Bouthillier et Charles Roux. Précisons que nombre de ses personnes n'étaient pas informées.

son appel à la Nation, prévu le lendemain, pour présenter l'acte constitutionnel IV *sexies* et la réunion prochaine de l'Assemblée nationale. L'acte IV *sexies* présenté à Laval est bien différent de la première version, car il prévoit, en son article 1, qu'en cas de décès du chef de l'État, avant la ratification de la nouvelle Constitution, le pouvoir constituant « fera retour au Sénat et à la Chambre des députés », et ce, conformément à « l'article VIII de la Loi constitutionnelle du 25 février 1875 ». L'idée de Pétain est dès lors clairement explicitée dans le message qui l'accompagne : « j'incarne aujourd'hui la légitimité française. J'entends la conserver comme un dépôt sacré et qu'elle revienne à mon décès à l'Assemblée nationale de qui je l'ai reçue »¹.

Le désaveu de Laval est manifeste. Pétain affirme par ailleurs qu'il ne veut pas que sa « disparition ouvre une ère de désordres qui mettrait l'unité de la France en péril »². Or, en l'état du droit, si le chef de l'État devait disparaître, c'eut été à Laval de le suppléer. Adopter un nouvel acte constitutionnel pour éviter une telle situation suppose qu'aux yeux de Pétain, Laval n'est pas suffisamment légitime, et surtout que l'Assemblée nationale l'est davantage. Nous devinons toute la sidération de Laval à la lecture du projet d'acte constitutionnel. Il a prié Pétain d'en informer les Allemands³. Krug von Nidda, ambassadeur allemand près de Vichy, en est ainsi averti. Après un entretien avec Laval, il décide d'interdire la publication de ces textes. Pétain, empêché dans son projet, diffusa une circulaire interne qui indiquait que face aux :

mesures militaires [qui] seraient prises par les autorités allemandes pour empêcher [l'allocution], je constate le fait et je m'incline, mais je déclare que jusqu'au moment où je serai en mesure de diffuser ce message, je me considère comme dans l'impossibilité d'exercer mes fonctions⁴.

Le Chef de l'État, comme pouvoir constitué, n'était déjà plus grand-chose, mais voilà que son pouvoir constituant est également annihilé. Dès le lendemain, Pétain a annulé toutes ses activités d'homme d'État. Le ministre allemand des affaires étrangères, Ribbentrop, offusqué de cette « grève » du chef de l'État français, lui adressa une lettre dans laquelle il précise qu'il faudra :

désormais, [que] toutes les modifications de lois projetées soient soumises à temps à l'approbation du gouvernement du Reich ; qu'en outre, monsieur Laval soit chargé de remanier, sans délai, le cabinet français dans un sens acceptable pour le gouvernement allemand⁵.

L'intrusion allemande dans les affaires internes du gouvernement de l'État français est sans équivoque. Le III^e Reich se place clairement au bout de la chaîne normative du régime de Vichy, car il doit consentir à l'adoption des lois et règlements français. Ribbentrop réclame le remaniement du gouvernement, directement dans l'intérêt du III^e Reich, par le recours à l'épuration. Une liste a d'ailleurs été jointe à la lettre, dans laquelle figurent Romier, D. de Pellepoix, le docteur Ménétrel, etc. La

¹ Discours retranscrit in L. NOGUÈRES, *Le véritable procès du Maréchal Pétain*, Paris, Fayard, 1955, p. 568.

² *Ibid.*

³ M. FERRO, *Pétain, op. cit.*, p. 499.

⁴ *Ibid.*, p. 500.

⁵ L. NOGUÈRES, *Le véritable procès du Maréchal Pétain, op. cit.*, p. 579-584.

liste est longue de plus de quarante noms. Les autorités allemandes vont par ailleurs, le 28 décembre 1943, placer Von Renthe-Fink, délégué diplomatique spécial du Führer, auprès de Pétain pour le surveiller¹. Il a été imposé comme membre du secrétariat personnel de Pétain et vivait dans une aile de sa résidence². Pétain sera tenu de lui signaler toutes ses activités et déplacements. Le message est clair :

Votre lutte constante, M. le Maréchal et votre résistance contre la nomination au gouvernement d'hommes ayant une attitude loyale vis-à-vis de la politique franco-allemande si raisonnable justifie que le Gouvernement allemand observe votre activité³.

Cette nouvelle situation fait écho à une note ministérielle du début de l'année 1943 qui indiquait que :

le gouvernement ne jouit plus d'aucune souveraineté, le Maréchal Pétain n'est plus rien, M. Pierre Laval n'est plus grand chose, l'action du gouvernement se borne à expédier les affaires courantes et à obéir aux ordres qu'il reçoit des autorités d'occupation⁴.

Finalement, Pétain s'est soumis à l'autorité allemande par deux lettres adressées à Hitler, les 11 et 18 décembre 1943. Elles annoncent, pour J. Bardoux, la « capitulation totale » du régime⁵. Si depuis le mois d'avril 1942, la subordination du gouvernement de Vichy au III^e Reich résultait de la politique du chef du gouvernement, en novembre 1943, elle se présente comme une contrainte qui était jusqu'alors sous-jacente. C'est dans ce cadre-ci que se termineront la guerre et le régime de Vichy.

Section 2. La fin du régime de Vichy dans son absolue soumission à l'Allemagne nazie

La Milice constitue, d'après M. O. Baruch, la réponse allemande apportée aux projets « républicains » de Pétain⁶. Instituée par une loi du 30 janvier 1943⁷, elle sera armée une fois l'autorisation allemande donnée au début de l'année 1944, après la tentative constitutionnelle avortée de Pétain. La milice s'inscrit dans un « processus de vassalisation [à l'Allemagne] que l'évolution de la guerre » rendait inéluctable⁸. Initialement, la Milice a été commandée par Hitler, lors d'une entrevue avec Laval, le 19 décembre 1942, afin de restructurer les formations policières, pour lutter contre le « terrorisme », « dans le cadre d'une collaboration avec la police allemande »⁹. La Milice est ainsi instaurée sous la forme d'une organisation paramilitaire, dirigée par le chef du gouvernement. En réalité, la Milice n'est pas une

¹ A. BRISSAUD, *La Dernière année de Vichy (1943-1944)*, Paris, Perrin, 1970, p. 236-238.

² J.-P. COINTET, *Histoire de Vichy*, Paris, Plon, 1996, p. 297.

³ Lettre du 29 novembre 1943 adressée au chef de l'État français, A.N. 2AG/501.

⁴ Circulaire ministérielle du 14 février 1943, A.N. 2AG/325.

⁵ Tel que cité par M. O. BARUCH, *Servir l'État français...*, op. cit., p. 912.

⁶ M. O. BARUCH, *Servir l'État français...*, op. cit., p. 912.

⁷ J.O. du 31 janvier 1943, p. 290.

⁸ M. O. BARUCH, *Servir l'État français...*, op. cit., p. 906.

⁹ J.-P. COINTET, *Histoire de Vichy*, op. cit., p. 280.

création *ad hoc*, elle s'est développée à partir du Service d'Ordre Légionnaire¹ (SOL), auquel elle se substitue.

À la fin de l'année 1943, la méfiance allemande envers Pétain est exacerbée. Et, « Laval leur devient insensiblement aussi suspect que Pétain »². Ils doutent de sa volonté de collaborer, car Laval ne se soumet pas systématiquement aux exhortations allemandes. Il négocie toujours les ordres qui lui sont adressés, concernant les réquisitions des travailleurs pour le STO, ou quant à la répression des « terroristes », suscitant l'impatience du III^e Reich. Un rapport adressé à Hitler, le 6 février 1944, suggère de créer un régime d'ultra-collaboration, et de remplacer Laval par « un gouvernement de terreur Doriot-Déat »³. Les Allemands vont en ce sens imposer à Laval de nommer, au sein du gouvernement, des ultra-collaborationnistes. Ceci explique le remaniement de janvier 1944 et l'arrivée de Henriot qui s'accompagnera, en mars 1944, de la nomination de Déat. Darnand est également désigné, par décret du 31 décembre 1944, secrétaire Général au maintien de l'ordre, succédant à Bousquet. Il est placé de ce fait à la tête de la Milice⁴.

Ces nominations sont imposées par les Allemands, pour faciliter, d'après M. O. Baruch, la mise en place de l'État milicien⁵. La nomination de Darnand en témoigne, car celui-ci est membre de la S.S., depuis le 11 octobre 1943, et à ce titre, a prêté serment de fidélité à Hitler⁶. Cela laisse deviner la duplicité de la Milice, dont le chef d'opération est au service du régime de Vichy et du III^e Reich. La collaboration ainsi voulue par Hitler, entre la police allemande et les services d'ordre français, est pleinement réalisée. L'Allemagne armait et encasernait une certaine branche de la Milice, dont les principaux chefs prêtaient également serment de fidélité à la S.S.⁷. Il s'agit de la franc-garde créée le 2 juin 1943. C'est la branche militarisée de la Milice qui regroupait près de deux mille hommes. Elle sera ensuite rattachée à la Waffen S.S., sous le nom de la « division Charlemagne ». Du reste, la Milice – composée de volontaires – visait à assurer le « maintien de l'ordre intérieur »⁸, par la dénonciation des réfractaires.

La nomination de Darnand eut des effets notables, car les hommes du SOL, sur laquelle la Milice s'est construite, ne partageaient pas la politique de la nouvelle organisation. Si le SOL, issu de la Légion, servait le Maréchal Pétain et les idées de la Révolution nationale, tout autre est l'objectif politique poursuivi par la Milice. En conséquence, de nombreux légionnaires, engagés auprès du SOL, ont fait défection. Le chef de l'École nationale de la Milice, M. Du Vair, dans une lettre adressée au Chef de l'État, précise ainsi que Darnand vise « la transformation de la MILICE

¹ Force autonome, reconnue en janvier 1942, composée de jeunes activistes agissant comme police supplétive.

² M. FERRO, *Pétain, op. cit.*, p. 521.

³ Rapport cité par J.-P. COINTET, *Histoire de Vichy, op. cit.*, p. 298.

⁴ J.O. du 31 décembre 1943, p. 3339. Il était déjà chef opérationnel de la Milice depuis janvier 1943.

⁵ M. O. BARUCH, *Servir l'État français..., op. cit.*, p. 905.

⁶ *Ibid.*, p. 914.

⁷ J.-P. AZÉMA, « VICHY RÉGIME DE », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 25 mai 2018 [<http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/regime-de-vichy/>].

⁸ Loi du 30 janvier 1943 publiée au J.O. du 31 janvier 1943.

en parti politique »¹, revendiquant son attachement à « la tendance européenne national-socialiste ». Du Vair relate, dans la lettre, son renvoi de la direction de l'École nationale, au motif qu'il n'était « pas assez nazi ». Il s'attache également à informer Pétain des pratiques de « gangstérisme » de la Milice qui effraient « jusqu'à la population civile ». Pétain a relayé ces inquiétudes, dans une lettre adressée à Laval, le 6 août 1944, par laquelle il le prie de « faire savoir [à Darnand] que je ne puis tolérer plus longtemps l'activité milicienne sous sa forme actuelle »².

La faiblesse du chef de l'État à l'égard du chef du gouvernement est, au passage, tout à fait flagrante. Il est, à cet égard, indiqué dans la lettre que ce n'est pas la première fois que Pétain demande à Laval de mettre un terme à cette « atmosphère de terreur policière inconnue jusqu'à présent », en France. Pétain note que les préfets sont dessaisis illégalement d'une partie de leurs fonctions, car ils n'ont plus aucun contrôle sur la police dans leur département. Ils sont par ailleurs suspectés eux-mêmes par les miliciens. Surtout, Pétain s'inquiète des « preuves de collusion entre la Milice et la police allemande [...]. Des dénonciations, des livraisons de prisonniers français aux autorités de police allemandes m'ont été maintes fois signalées dans de nombreux départements ». Il informe en outre Laval des interrogatoires des fonctionnaires, réalisés par la Milice, au sein même de son Cabinet personnel. C'est dire l'atteinte portée à l'autorité du chef de l'État, qui, d'une part, n'est plus entendu de son chef du gouvernement, et qui, d'autre part, n'est même pas reconnu par les miliciens comme un supérieur hiérarchique. Cette situation n'a rien d'étonnant, car la Milice « n'est pas une créature d'État mais une organisation simplement patronnée par lui »³, indique J.-P. Cointet. Laval lui-même ne parviendra pas à contrôler la Milice, car, comme cela était déjà annoncé par Ribbentrop, dans sa lettre du 29 novembre 1943, au Maréchal Pétain :

Aujourd'hui, le seul et unique garant du maintien du calme et de l'ordre en France, et par là aussi de la sécurité du peuple français et de son régime contre la révolution et le chaos bolchevique, c'est l'armée allemande⁴.

Pour H. Roussio, « l'arrivée des miliciens et de quelques fascistes⁵ au Gouvernement, en 1944, ne signifie pas la "fascisation" d'un régime par ailleurs au bord de l'écroulement »⁶. Ceci tient, d'après lui, à ce que la Milice ne disposait pas d'une grande influence sur l'appareil d'État, car les Allemands tenaient à maintenir la dyarchie Pétain-Laval. Mais l'emprise institutionnelle de la Milice était en passe de se réaliser, car les intendants de la police française ont été largement remplacés par des chefs miliciens, « ayant autorité sur l'ensemble des forces de police et de gendarmerie ». Un milicien a par ailleurs été nommé, en avril 1944, à la tête des renseignements généraux français. Enfin, au sein même du département ministériel de l'Information, Henriot a nommé des miliciens. La tendance « fascisante » voulue par l'Allemagne commençait donc bien à se réaliser. Le 9 juillet 1944 en témoigne car l'Amiral Platon s'est présenté ce jour-ci devant Pétain avec un manifeste signé

¹ Lettre du Chef de l'École Nationale des Cadres de la Milice Française au chef de l'État Français, le 30 juillet 1943, A.N. 2AG/501.

² Lettre de Pétain à Laval qui daterait de la fin du 6 août 1944, A.N. 415/AP.

³ J.-P. COINTET, *Histoire de Vichy*, op. cit., p. 281.

⁴ M. FERRO, *Pétain*, op. cit., p. 510.

⁵ H. ROUSSIO fait référence à l'entrée de Déat et d'Henriot notamment.

⁶ H. ROUSSIO, *Le régime de Vichy*, op. cit., p. 99-104.

par des ultras, dont certains membres du gouvernement – comme Bonnard, Déat et Bichelonne –, pour former un nouveau gouvernement. Pétain le refusa, et Laval, informé de cette tentative de l'écarter, a, une dernière fois, réuni le Conseil des ministres, à Vichy, le 12 juillet 1944. Il a désavoué les ministres complices. En définitive, les historiens français – tels J.-P. Azéma, J.-P. et M. Cointet et H. Rousso – ne considèrent pas que le régime de Vichy fut fasciste ou totalitaire. Ils parlent cependant d'État milicien pour désigner la période allant de l'autonome 1943 jusqu'à l'été 1944. Nous partageons cette lecture considérant que le régime de Vichy ne représente pas une expérience fasciste, de juillet 1940 à novembre 1943, dans la mesure où ni le parti unique, ni la terreur policière, ni l'expansionnisme guerrier¹ ne caractérisaient l'État français. Concernant les dix derniers mois du régime, en revanche, la « dérive fasciste » est manifeste, au regard des éléments susmentionnés, et du fait de la création, par la loi du 20 janvier 1944, de cours martiales dont les magistrats anonymes étaient des miliciens².

Néanmoins, l'instauration du fascisme en France a été interrompue par le débarquement des Alliés, en juin 1944. Le 3 juin 1944, De Gaulle a créé le Gouvernement provisoire de la République française (GPRF). Trois jours plus tard, c'est le premier débarquement allié en Normandie. Un message de Pétain, enregistré le 17 mars à la demande des Allemands, après deux mois de négociations sur son contenu, est diffusé³. Pétain déclare ainsi que la Résistance conduit « le pays au désastre » et que si « l'armée allemande [prenait] des dispositions spéciales dans les zones de combat. Acceptez cette nécessité »⁴. En ce sens également, une circulaire de Guérard adressée aux secrétaires d'État et aux préfets précise que « les mesures prises par les Autorités allemandes dans certains départements de la zone sud [...] en ce qui concerne le rétablissement du calme et de l'ordre sont temporaires et ne touchent point à la souveraineté du Gouvernement français »⁵. Autrement dit, le chef du gouvernement enjoint aux autorités locales de laisser pleine licence aux troupes allemandes dans leurs manœuvres, et ce, moins d'un mois après l'épisode d'Oradour-sur-Glane⁶, le plus grand massacre de civils français en zone Sud, perpétré par les troupes allemandes.

Pétain, de son côté, a rédigé une déclaration, le 17 août 1944, après que la légalité républicaine a été rétablie par l'ordonnance du 9 août 1944, dans laquelle il affirme qu'il sera « là, prêt à compléter l'exécution du mandat qui [lui] a été conféré en juillet 1940, et à discuter les problèmes qui se poseront pour l'achèvement de la Constitution »⁷. Pétain agit seul, sans se préoccuper du gouvernement à Paris, et il continue de croire qu'il peut apparaître, aux yeux des Américains, comme l'interlocuteur légitime de la France. Il a d'ailleurs tenté d'entrer en contact avec eux,

¹ *Ibid.*

² *J.O. du 21 janvier 1944*, p. 238.

³ Négociations entre Renthe-Fink, Tracou, Pétain, et Henriot – voir M. FERRO, *Pétain, op. cit.*, p. 561.

⁴ P. PÉTAİN, *Discours aux Français, op. cit.*, p. 336.

⁵ Circulaire du 8 juillet 1944, n° 3160/SG, A.N. F60/580, Annexe n° 7, p. 152.

⁶ Pétain aurait dit à Renthe-Fink suite à ce drame « Vous être une nation de sauvage » – indignation partagée par Laval, d'après M. FERRO, *Pétain, op. cit.*, p. 564-565.

⁷ Déclaration du Maréchal Pétain en date du 17 août 1944, A.N. 415/AP.

mais également avec la Résistance, dès le printemps 1944. Il se disait prêt à transmettre son pouvoir à De Gaulle. Pétain avait ainsi investi, le 22 juillet 1944, l'Amiral Auphan d'un mandat de représentation « auprès des anglo-saxons et éventuellement [pour] prendre contact de ma part avec le Général De Gaulle ou ses représentants qualifiés »¹. L'Amiral Auphan sera reçu, le 27 août, par le Général Juin, mais aucune suite ne sera donnée à cette rencontre. Les Américains avaient fini par accepter que De Gaulle soit le visage de la Libération, lors de la reprise de Paris, en août 1944.

Face à l'avancée alliée, Renthe-Fink notifie à Pétain, ce même 17 août 1944, les ordres du gouvernement allemand. Il est demandé au chef de l'État français, sous prétexte des risques que présentent pour lui une attaque potentielle de la Résistance, de transférer sa résidence en zone Nord². Le 19 août, le Maréchal Pétain est également informé de la démission de Laval, ainsi que de tout le Gouvernement. Une circulaire de Laval du 17 août, adressée au Préfet de Seine et au Préfet de Police de Paris, les informe effectivement du fait que « le Gouvernement est contraint par les Autorités d'occupation de quitter PARIS ». En conséquence, Laval « charge » les deux préfets « de prendre toutes dispositions utiles pour assurer l'ordre public », mais également de « représenter » le Gouvernement Français auprès des « Autorités militaires alliées »³. En dépit de ses protestations, Pétain est enlevé par le dirigeant de la Gestapo, Detering, le 20 août. Et, le lendemain, une note – diffusée depuis Vichy à l'administration française – précise que la France n'est plus « dirigée par Vichy et par la volonté de l'envahisseur. Vous n'avez plus qu'un seul gouvernement : “Le gouvernement provisoire de la République française” »⁴.

Pétain et les membres du gouvernement de Vichy seront installés au château de Sigmaringen, au début du mois de septembre. Ils clameront toujours leur statut de prisonniers. Il sera créé une « Délégation gouvernementale pour la défense des intérêts français en Allemagne », de septembre 1944 à avril 1945. Elle est présidée par De Brinon et regroupe Darnand, Luchaire, Birdoux et Déat⁵. Pétain et Laval y étaient étrangers. Ainsi s'achève le régime de Vichy, qui, exilé dans les contrées allemandes – symbole d'un système compromis avec l'ennemi –, deviendra cette parenthèse « honteuse » de l'histoire française. La « honte » est effectivement le terme employé par le nouveau garde des Sceaux, F. de Menthon, qui, dans une tribune adressée à l'Assemblée consultative, le 21 février 1945, invoquait « la volonté unanime de la nation de se purifier des hontes de Vichy ». Une ordonnance du 26 août 1944 avait d'ailleurs institué rétroactivement une nouvelle incrimination, le crime d'indignité nationale, à laquelle était associée une sanction, elle-aussi inédite, la dégradation nationale⁶.

Pierre Laval et le Maréchal Pétain seront traduits devant la Haute Cour de justice. Le volet pénal fut le moyen choisi pour juger des gouvernants. D'après O. Beaud, sont imputés à l'État les actes du Souverain, lorsque celui-ci agit pour la « conservation de la sûreté des citoyens ». Le cas échéant, « il cesse d'agir comme

¹ Tel que cité par M. FERRO, *Pétain, op. cit.*, p. 583.

² « Papiers Pétain », A.N. 415/AP.

³ Lettre du chef du gouvernement en date du 17 août 1944, A.N. F60/580.

⁴ Cette note n'est pas signée. Elle a été émise le 21 août 1944 depuis Vichy – A.N. 415/AP.

⁵ H. ROUSSO, *Le régime de Vichy, op. cit.*, p. 102-104.

⁶ A. SIMONIN, *Le déshonneur dans la République, op. cit.*, p. 12.

personne “politique”, et son acte ressortit de sa capacité naturelle »¹. L’on peut comprendre l’engagement de la responsabilité pénale, éminemment personnelle, des hommes de Vichy suivant cette distinction. Laval, frappé d’indignité nationale, sera condamné à mort pour haute trahison et complot contre la sûreté de l’État, le 9 octobre 1945. Le Maréchal Pétain est, quant à lui, déclaré coupable, le 15 août, de haute trahison et d’intelligence avec l’ennemi. Également frappé d’indignité nationale, il est condamné à mort, à la dégradation nationale et s’est vu retiré de ce fait son grade de Maréchal. Le 17 août, le Général de Gaulle a commué cette condamnation à mort en peine de réclusion à perpétuité. Philippe Pétain mourra en prison en 1951. Du reste, collaborateurs et collaborationnistes ont finalement été réunis, à la fin de la guerre, car tous ont été considérés comme des « ennemis de la République ».

¹ O. BEAUD, *La puissance de l’État*, Paris, PUF, 1994, p. 8-12.

PROPOS CONCLUSIFS

Le régime de Vichy suscite l'opprobre en ce qu'il rappelle, dans la mémoire collective, la défaite française, sa soumission à l'ennemi et ses politiques d'exclusion, au premier rang desquelles sa politique antisémite. Néanmoins, aussi condamnable le régime soit-il, cela ne justifie en rien sa mise au ban de l'analyse juridique, en Général, et constitutionnelle, en particulier. De fait, ce régime a incarné, durant quatre années, le gouvernement français. Le régime de Vichy ne peut donc pas être relégué à l'arrière-plan, au profit d'une fiction juridique qui voudrait que le régime républicain n'ait jamais cessé, ainsi que le prétend le Conseil d'État, dans son arrêt du 13 avril 2018, mentionné dans nos propos introductifs. Cette fiction juridique est celle qu'a posée le Gouvernement provisoire de la République française, dans l'ordonnance du 9 août 1944, relative au rétablissement de la République. En déclarant ainsi que « la République en droit n'a jamais cessé », le discours juridique reconstitue le cours de l'histoire. Et, si le Conseil d'État ne nie pas l'existence du régime de Vichy – il en va de la cohérence de sa jurisprudence¹ –, il la définit comme une autorité de fait, existant à côté de l'autorité légale, celle de la République, incarnée par la Résistance.

Pour comprendre la situation constitutionnelle de la France métropolitaine, dans cette période, il convient de se détacher de la fiction juridique gaullienne, et constater la suspension de la République, par le régime transitoire, dirigé par le Maréchal Pétain. Il faut par ailleurs saisir le décalage entre le visage officiel du régime et la réalité des rapports de force qui l'animent. L'adoption d'une démarche empirique nous a permis d'identifier, d'abord, les importantes discontinuités du régime ; de comprendre, ensuite, le système de gouvernement, par l'observation des relations interpersonnelles des hommes de Vichy ; de saisir, enfin, le poids de l'occupation qui n'est pas tout à fait perceptible à l'étude des normes produites par l'État français. La pratique institutionnelle a dès lors apporté un éclairage indispensable à la lecture constitutionnelle du régime de Vichy. Néanmoins, cette lecture reste délicate, car les outils conceptuels classiques ne permettent pas toujours de saisir complètement le phénomène de l'État français. Les grands principes du droit constitutionnel et de la théorie générale de l'État que sont la souveraineté, l'État, la Constitution – présents en apparence dans les premiers temps du régime –, sont en réalité vidés de leur substance. Un renouvellement de l'analyse constitutionnelle de cette période historique, à la lumière de la pratique, mériterait d'être approfondi.

En dépit de l'opprobre jeté sur le régime de Vichy et des soixante-quatorze années qui nous en séparent, régulièrement, cette période jaillit dans l'actualité brûlante. Sous la Ve République, ce fut le cas lorsque le passé de Mitterrand dans la Légion française a été révélé. De même, le XX^e siècle est marqué par les procès Touvier, Papon, l'assassinat de Bousquet, etc. Récemment, le 5 février 2018, l'Allemagne s'est engagée à verser des indemnités aux Juifs originaires d'Algérie, ayant

¹ Voir notamment Conseil d'État, Ass., 12 avril 2002, req. n° 238689 ; Conseil d'État, Ass., 16 février 2009, *Hoffman-Gleman*, req. n° 315499.

été victimes de la politique antisémite du régime de Vichy, entre les mois de juillet 1940 et de novembre 1942¹. C'est dire que l'Allemagne considère dorénavant que la France, dans cette période, n'était pas souveraine et que ses actes lui sont imputables – ou du moins que l'Allemagne est co-responsable de la politique antisémite de Vichy, qui pourtant à l'époque était une politique voulue par l'État français. La question de la souveraineté de la France, à partir de juillet 1940 et jusqu'à la libération, n'est décidément pas tranchée.

Annette De Moura

Diplômée de l'École normale supérieure de Paris, Annette De Moura est actuellement inscrite en première année de doctorat au sein de l'Université Jean Moulin Lyon III, sous la direction des Professeurs David Mongoin et Olivier Beaud. Elle réalise une thèse intitulée : « Défendre la Constitution : la question de l'ennemi intérieur depuis la Révolution française ».

¹ L. RIBADEAU DUMAS, « Juifs d'Algérie: Berlin va payer pour les persécutions françaises des années 40 », 13 février 2018 [<http://geopolis.francetvinfo.fr/juifs-d-algerie-berlin-va-payer-pour-les-persécutions-françaises-des-années-40-178885>] consulté le 27 mai 2018.

BIBLIOGRAPHIE

SOURCES JURIDIQUES PRIMAIRES

Archives nationales

- AJ/38/499 – Commissariat Général aux questions juives.
AJ/40/541 – Contrôle Général de l'administration française par les autorités d'occupation.
2AG/79 – Dossiers du Docteur Ménétrel, chef du secrétariat particulier (1940 – 1944).
2AG/280 – Archives des services administratifs.
2AG/325 – Archives des services administratifs.
2AG/501 – Papiers du Chef du cabinet civil (1940 – 1944).
2AG/536 – Papiers du chef de cabinet de Jean Jardel, secrétaire générale à la Vice-présidence du conseil.
2AG/588 – Archives du cabinet civil.
2AG/618 – Documents de la « malle Pétain ».
F60/52 – Courrier du mois de décembre 1940.
F60/109 – Courrier du cabinet de Lucien Romier, ministre d'État (janvier 1942 – novembre 1943)
F60/580 – Présidence et Vice-présidence du conseil
F60/585 – Composition des gouvernements et des cabinets ministériels
F60/588 – Ordre du jour du Conseil de cabinet
415/AP – Papiers Pétain.
F1cIII 1198 – Synthèses mensuelles des rapports de préfets entre mai 1942 et juin 1943.
3W/287 – Documents relatifs à la politique intérieure.

Autres

- Journal Officiel de la République française, 1938-1940.
Journal Officiel de l'État français, 1940-1944.
Convention d'armistice du 22 juin 1940.
RÉMY D., *Les lois de Vichy*, Romillat, Paris, 1992.
Conseil d'État, Assemblée, 13 avril 2018, Association du Musée des lettres et manuscrits et autres, Req. n° 410939.

OUVRAGES

- ABETZ O., *Histoire d'une politique franco-allemande*, Paris, Stock, 1953.
AZÉMA J.-P., *L'année terrible*, Paris, Le Seuil, 1990.
BARTHÉLÉMY J., *Ministre de la justice. Vichy 1941-1943*, Paris, Pygmalion, 1989.
BARUCH M. O., *Servir l'État français : l'administration en France de 1940 à 1944*, Thèse, dirigée par AZÉMA J.-P., I.E.P., 1996, 1 vol.
BAUDOUIN P., *Neuf mois au gouvernement*, Paris, La Table ronde, 1964.
BEAUD O., « L'État » in GONOD P., FABRICE M., PHILIPPE Y. (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011.
BENOIST-MÉCHIN J., *À l'épreuve du temps. III. 1947-1971 : souvenirs*, Paris, Julliard, 1993.
BRISSAUD A., *La Dernière année de Vichy (1943-1944)*, Paris, Perrin, 1970.

- CARCOPINO J., *Souvenirs de sept ans 1937-1944*, Paris, Flammarion, 1993.
- CARTIER E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, L.G.D.J., 2005.
- COINTET J.-P., *Histoire de Vichy*, Paris, Plon, 1996.
- COINTET J.-P., *Pierre Laval*, Paris, Fayard, 1993.
- COINTET M., *Le Conseil national de Vichy 1940-1944*, Paris, Amateurs de livre, 1989.
- COINTET M., *Vichy capitale (1940-1944)*, Paris, Perrin, 1993.
- COUTAU-BÉGARIE H., HUAN C., *Darlan*, Fayard, 1989.
- DARLAN A., *L'Amiral Darlan parle*, Paris, Amiot-Dumont, 1953.
- DU MOULIN DE LABARTHÈTE H., *Le temps des illusions*, Genève, Cheval Ailé, 1946.
- FERRO M., *Pétain*, Paris, Fayard, 1987.
- KUPFERMAN F., *Laval*, Tallandier, 2015.
- LAFERRIÈRE J., *Le nouveau gouvernement de la France : les actes constitutionnels de 1940-1942*, Recueil Sirey, Paris, 1942.
- LIMAGNE P., *Ephémérides de quatre années tragiques. 1940-1944*, t. II, Lavilledieu, Éditions de Candide, 1987.
- LONGUECHAUD H., « *L'abominable* » armistice de juin 1940, Plon, 1980.
- MARCOU J., *Le Conseil d'État sous Vichy (1940-1944)*, Thèse, dirigée par GLEIZAL J.-J., Université des Sciences Sociales de Grenoble II, 1984, 1 vol.
- PÉTAİN P., *Quatre années au pouvoir*, Paris, Broché, 1949.
- PÉTAİN P., *Discours aux Français*, Paris, Albin Michel, 1989.
- PRÉLOT M., « *La révision & les actes constitutionnels : la figure politique et juridique du chef de l'État français* », in. RÉMOND R. (dir.) *Le gouvernement de Vichy (1940-1942)*, Armand Colin, FNSP, 1972.
- RÉMOND R., *Le gouvernement de Vichy 1940-1942*, Armand Colin, FNSP, 1972.
- ROUSSO H., *Le régime de Vichy*, Paris, PUF, 2016.

ARTICLES

- COTILLON J., « Les entourages de Philippe Pétain, chef de l'état français, 1940-1942 », *Politique, culture, société*, n° 8, mai-août 2009.
- MASSOT J., « Le Conseil d'État et le régime de Vichy », *Vingtième siècle, Revue histoire*, n° 58, 1998, p. 83-99.
- TERRACOL L., « La doctrine constitutionnelle du régime de Vichy », *Jus Politicum*, n° 19, janvier 2018.

Discours technique et techniques de discours en droit constitutionnel

Le cas des débats doctrinaux sur le contrôle
de la constitutionnalité des lois en France (1895-1938)

Alexandre Laborde-Menjaud

Mémoire de Master 2 – Théorie et analyse du droit

Université Paris Nanterre, EHESS, ENS (Ulm)

Sous la direction du Professeur Arnauld LE PILLOUER

2016/2017

SOMMAIRE

Introduction générale.....	401
Partie I. Le jeu logico-juridique.....	417
Chapitre 1. La hiérarchie des normes.....	418
Chapitre 2. La fonction du juge	433
Chapitre 3. Les insuffisances de la logique pure	439
Conclusion de la première partie	442
Partie II. Le jeu herméneutico-juridique	443
Chapitre 1. Les textes constitutionnels et législatifs	444
Chapitre 2. La jurisprudence	454
Conclusion de la deuxième partie	471
Partie III. Le jeu pragmatICO-juridique.....	479
Chapitre 1. Avant Lambert : Un discours politique dépolitisé	479
Chapitre 2. La politisation de la question.....	484
Chapitre 3. Opposition et jeux de langage	498
Conclusion de la troisième partie.....	504
Conclusion générale.....	505
Bibliographie	509
Annexes	519
Annexe I : Loi du 25 février 1875, article 8	519
Annexe II : Lois des 16-24 août 1790, Titre 2.....	519
Annexe III : Constitution de 1791, chap. 5, art. 3.....	519
Annexe IV : article 127 Code pénal de 1810.....	519
Annexe V : Cass. Crim. 11 mai 1833.....	520

La philosophie ne doit en aucune manière porter atteinte à l'usage effectif du langage, elle ne peut donc, en fin de compte, que le décrire. Car elle ne peut pas non plus le fonder. Elle laisse toute chose en l'état.

L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*

INTRODUCTION GÉNÉRALE*

Les juristes sont maîtres d'une technique, la technique juridique. Or, cette technique est avant tout une *technique de discours* : les juristes savent s'exprimer d'une certaine manière, s'exprimer juridiquement. Ils peuvent tenir un *discours technique* sur certains sujets, c'est-à-dire, un discours neutre et dépolitisé où il est question de vérité et non de volonté.

Parler le langage de la technique juridique, c'est savoir traiter les choses de manière juridique. C'est donc aussi savoir transformer des problèmes en problèmes juridiques – et aussi inventer des problèmes – pour les résoudre juridiquement. Certaines questions sont alors « réduites » à n'être plus que des questions techniques sur lesquelles les juristes pourront tenir ce discours neutre et dépolitisé, et en usant des techniques argumentatives qu'ils maîtrisent.

Le débat sur la question du contrôle de constitutionnalité offre un bon exemple de traitement technique d'une question fondamentalement politique. Car pendant près d'un demi-siècle, la doctrine publiciste française s'est interrogée sur la question du contrôle de la constitutionnalité des lois. Fallait-il l'introduire ? Quelle forme devait-il prendre ? Quelles en seraient les normes de référence ? Mais aussi : était-il possible en l'état du droit français ? Les juges français ne le pratiquaient-ils pas déjà ?

De ces échanges, deux modalités principales de discours ressortent : un discours strictement juridique faisant intervenir des questions de vérité ; et un discours politique, s'interrogeant sur l'opportunité d'une telle réforme quant à ses effets économiques et sociaux¹.

Or, le discours politique est minoritaire : les auteurs de cette époque s'expriment majoritairement dans le registre discursif de la technique juridique. Et c'est en effet un lieu commun que de penser que le droit s'oppose à la politique, et donc que les juristes n'ont pas à faire de la politique : ils seraient des experts, qui n'expriment pas leurs propres volontés, mais seulement les conclusions d'un raisonnement rigoureusement juridique et scientifique.

* Cette publication est un mémoire mené dans le cadre du Master 2 Théorie et analyse du droit de l'Université Paris Nanterre, École des Hautes Études en Sciences Sociales et École Normale Supérieure (Ulm) sous la direction du Professeur Arnaud Le Pillouer, et soutenu en juin 2017.

¹ Car le champ juridique participe à la fois de la logique du champ politique, mais aussi de celle du champ scientifique qui « lorsqu'il est parvenu à un haut degré d'autonomie, tend à conférer une primauté pratique à l'opposition entre le vrai et le faux, conférant un pouvoir arbitral de fait à la concurrence entre les pairs » (P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, p. 11).

Aussi, il est intéressant de voir comment un tel discours fonctionne et comment il a été rendu possible. Comment peut-on tenir un tel discours sur une telle question ? Mais aussi : comment doit-on parler pour tenir ce discours essentiellement technique ? Voilà les questions qui seront traitées.

Il convient maintenant de présenter l'objet d'étude (sec. 1), ainsi que la méthode qui sera employée (sec. 2).

Section 1. Le cas du débat sur le contrôle de la constitutionnalité des lois

Après avoir présenté le débat (§ 1), nous verrons en quoi il est particulièrement intéressant au vu de la question traitée (§ 2).

§ 1. Vue générale du débat

Le débat fait suite à la constitution de la doctrine française telle que nous la connaissons aujourd'hui. C'est en effet à partir de la fin du XIX^e siècle que la pensée juridique devient scientifique : « le droit (...) commence à être considéré comme un phénomène dont on cherche à découvrir et à décrire la structure »¹, sous l'influence en premier lieu de la doctrine civiliste ; c'est l'époque de la « libre recherche scientifique » promue par François Gény dont la *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* paraît en 1899.

Cela veut dire aussi que la loi est progressivement désacralisée : on commence à concevoir d'autres sources du droit telles la jurisprudence et la coutume. Cette désacralisation de la loi joue évidemment un rôle central dans l'apparition d'un débat sur son contrôle par le juge. Outre la loi, ce sont aussi les textes en général qui sont désacralisés, permettant ainsi de concevoir une logique juridique universelle en dehors des textes.

C'est aussi à ce moment que le droit public acquiert son autonomie, l'année 1900 marquant ainsi « la fin de la domination des civilistes »². Ainsi, le dernier tiers du XIX^e siècle voit-il l'émergence du droit administratif comme discipline avec Laferrière³ et Hauriou⁴, du droit constitutionnel avec Esmein dont les *Éléments de droit constitutionnel* paraissent en 1896⁵, et aussi du droit comparé⁶.

Le débat est lancé dans le champ doctrinal en 1895. Il a toutefois des antécédents en dehors de ce champ. Ainsi, en 1894, Paul Beauregard, député et professeur à la

¹ A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société. Du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, p. 19.

² C. JAMIN, « Dix-neuf cent : Crise et renouveau dans la culture juridique », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 380-384.

³ Dont le début de la première édition du *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux* paraît en 1887.

⁴ Auteur en 1892 d'un *Précis de droit administratif*.

⁵ Il est par ailleurs l'un des fondateurs en 1892 de la *Revue trimestrielle de Droit civil*, dans laquelle il écrit l'article inaugural « La jurisprudence et la doctrine ».

⁶ Le premier congrès international de droit comparé se tient à Paris en 1900 à l'occasion de l'Exposition universelle. Lambert jouera également un rôle important en fondant, à Lyon, en 1921, le premier centre français de recherche en droit comparé.

Faculté de droit de Paris, écrit dans le *Monde économique* pour proposer l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité en France¹. Alfred Naquet, député du Vaucluse, le rejoint.

C'est toutefois Jèze qui introduit la question dans le champ doctrinal proprement dit en écrivant non dans la presse « grand public » mais dans la *Revue générale d'Administration*². Son article consiste en une analyse du droit en vigueur et se conclut par l'affirmation que le contrôle de constitutionnalité intrinsèque³ des lois est possible. Il est sur ce point en opposition complète avec Esmein qui représentera alors dans ce débat la « vieille doctrine ». Le débat se poursuit en 1902 avec le rapport lu par Larnaude à la Société française de législation comparée⁴ qui apporte l'éclairage du droit américain et conclut à l'impossibilité du contrôle en France pour des raisons tenant à la « culture juridique »⁵.

Le débat est lancé et la question est de plus en plus traitée dans les manuels et les revues, les auteurs s'investissent, les positions théoriques se précisent. Le débat est essentiellement technique, jusqu'à la parution du *Gouvernement des juges*.

C'est la publication par Lambert du *Gouvernement des juges*⁶ en 1921 qui marque l'apparition d'un discours tendant à politiser la question. Lambert entend en effet montrer qu'aux États-Unis, le contrôle de constitutionnalité est devenu une arme permettant au juge de lutter contre la législation tendant à protéger les travailleurs, et plus généralement contre toute forme d'interventionnisme économique. Lambert « oblige » ainsi les autres auteurs à prendre position par rapport à lui. Cet ouvrage implique aussi un revirement important : celui de Jèze, qui avait pourtant lancé le débat en soutenant le contrôle. Il publie ainsi en 1924 un article⁷ dans lequel il rejoint Lambert.

L'affaire Ratier marque, en 1925, l'acmé du débat, non sur le plan théorique (l'essentiel des positions a déjà été affirmé plus tôt) mais quantitatif : elle suscite un

¹ P. BEAUREGARD, *Le Monde économique*, 17 novembre 1894.

² G. JÈZE, « Notions sur le contrôle des assemblées délibérantes », *Revue générale d'administration*, 1895, vol. 2, p. 402-415, et vol. 3, p. 32-44.

³ La constitutionnalité intrinsèque est définie comme la conformité de la loi à la constitution au sens matériel (aux prescriptions de fond), par opposition à la constitutionnalité extrinsèque définie comme la conformité à la constitution au sens formel (prescriptions de forme, de procédure), en ce dernier sens, les auteurs parlent aussi de « contrôle de l'existence de la loi ». Notons au passage que cette idée d'une différence entre constitutionnalité intrinsèque et extrinsèque (matérielle et formelle) sera critiquée par Kelsen (et aussi par Eisenmann), pour qui – du fait de sa théorie de l'aiguilleur – toute inconstitutionnalité matérielle se réduit à une inconstitutionnalité formelle.

⁴ F. LARNAUDE, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays, au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », in *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, n°3, p. 222.

⁵ Voir *infra* (part. I, chap. 1, sec. 3).

⁶ É. LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005. 1^{re} éd. : M. Giard, 1921.

⁷ G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1924, vol. 41, p. 399-430.

nombre important de publications, et l'affaire sort même du strict champ doctrinal pour entrer dans l'espace médiatique.

Cette affaire fait suite à la victoire du Cartel des gauches en mai 1924. La gauche est minoritaire en voix mais majoritaire en sièges et décide d'instituer une commission d'enquête parlementaires sur les fonds électoraux du Bloc national défait. Or, une loi de 1914 (la loi Rochette) avait permis au Parlement de confier, par décision spéciale des Chambres, des pouvoirs judiciaires à ces commissions. Une telle décision spéciale est prise à la fin de l'année 1925 mais certains hommes politiques – parmi lesquels l'ancien Garde des sceaux Anthony Ratier – cités comme témoins refusent de prêter serment et de répondre aux questions. Ceux-ci sont alors traduits devant la douzième chambre correctionnelle du tribunal de la Seine. Ratier est défendu par Paul Reynaud – alors avocat, et plus tard chef du gouvernement – qui ouvre ainsi « l'une des plus importantes controverses juridico-médiatiques de l'après-guerre »¹. Celui-ci soutient en effet l'inconstitutionnalité de la loi Rochette qui serait contraire à la séparation des pouvoirs. L'argumentation de l'avocat rencontre alors les questions traitées en doctrine depuis plusieurs années, et les professeurs de droit peuvent alors investir le débat, dans l'espace judiciaire² et médiatique³. Dans le même temps, l'affaire suscite un certain foisonnement de la doctrine dans ses lieux d'expression privilégiés : les revues et les ouvrages.

Plus tard, le débat connaît un rebond avec la communication faite par Kelsen à Paris en 1928⁴ – qui constitue d'ailleurs sa plus importante théorisation de la justice constitutionnelle⁵, et longtemps son seul travail diffusé en France⁶ – qui suscitera une discussion⁷ et un article de Carré de Malberg⁸.

¹ M. MILET, « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité – Genèse d'un débat : l'affaire Ratier », *Revue française de science politique*, n°6, 1999, p. 785.

² Le doyen Berthélémy est sollicité comme témoin lors du procès.

³ Le journal *Le Temps* organise une série d'interviews de quelques-uns des plus importants professeurs de droit de l'époque : Hauriou, Duguit, Berthélémy...

⁴ Il répète sa communication faite quelques mois plus tôt au colloque de Vienne, marqué par son opposition avec Triepel. Voir H. KELSEN, « Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, 1929, n°5, p. 29-88 ; traduction française par Charles Eisenmann sous le titre « La garantie juridictionnelle de la Constitution ».

⁵ En effet, de l'autre côté du Rhin, le débat se déplace ensuite sur la question de la présidentialisation du régime pour constituer la célèbre controverse entre Kelsen et Schmitt sur le « Gardien de la Constitution » [*Hüter der Verfassung*] (voir O. BEAUD et P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur le "Gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Paris, Panthéon Assas, 2007). L'autre article important sur la justice constitutionnelle sera publié par Kelsen en 1942, c'est-à-dire après son émigration aux États-Unis, sous le titre « Judicial Review of Legislation – A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution », in *The journal of politics*, vol. 4, n°2, p. 183-200.

⁶ M. TROPER, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 2001, p. 179.

⁷ C. EISENMANN, « Discussion du rapport de M. Hans Kelsen ».

⁸ R. CARRÉ DE MALBERG, « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 144-161.

Après l'affaire Ratier, c'est l'arrêt *Arrighi* (Conseil d'État 1936) qui marque la fin du débat. Désormais, la question ne pourra se poser que dans la perspective d'une réforme, toute question portant sur la *lex lata* a disparu, et la doctrine ne joue plus qu'un rôle secondaire¹. Toutefois, il ne faut pas croire que c'est l'arrêt *Arrighi lui-même* qui met fin au débat, c'est plutôt la lecture qui en est faite par les professeurs de droit (et en premier lieu par Eisenmann). Dans ce sens, la fin du débat doit surtout aux décès de Duguit et Hauriou, et au développement du positivisme. On peut également supposer que le débat s'essouffle face au « manque de répondant » des tribunaux – à commencer par la Cour de cassation en 1925 (bien qu'il faille remarquer que le refus d'examiner la constitutionnalité de la loi Rochette ne mette absolument pas fin au débat).

Aussi, après 1934, ce sont des hommes politiques comme Jacques Bardoux et Charles Benoist qui soutiendront l'idée d'une *introduction* du contrôle de constitutionnalité en France, dans le cadre plus général de la « réforme de l'État »².

§ 2. L'intérêt du débat

Le débat sur le contrôle de constitutionnalité semble constituer un terrain particulièrement propice pour analyser la façon dont les juristes agissent et s'expriment sur certains sujets politiques. En effet, la question qui y est posée est fondamentalement une question de répartition du pouvoir, donc une question politique.

La chronologie du débat est fondamentale. En effet, il faut attendre longtemps pour qu'un discours politique apparaisse et s'oppose au discours technique ambiant. On pourra alors analyser la façon dont le discours technique se constitue, mais aussi la façon dont peut apparaître un discours politique sur une question technique (qui deviendrait alors une question politique). Enfin, on pourra également voir la façon dont s'opposent les discours juridiques et politiques sur une même question.

Par ailleurs, l'écart temporel entre l'objet et son analyse permet un certain confort et un certain recul. Enfin – et de manière tout à fait subsidiaire – il n'est jamais inutile de rappeler que certaines choses que l'on tient aujourd'hui pour évidentes – et, dans un sens, presque naturelles – ont fait l'objet de débats, ont été, d'une manière ou d'une autre, mises en question. Il s'agirait ainsi de contribuer à contrer l'effet d'institutionnalisation qui joue en faveur du contrôle de constitutionnalité³.

¹ La question devient : « faut-il introduire le contrôle de constitutionnalité au moyen d'une réforme ? » et cesse d'être : « le juge dispose-t-il du pouvoir de contrôler la loi ? ».

² Voir E. MAULIN, « Réforme de l'État et contrôle de la constitutionnalité des lois sous la III^e République – Charles Benoist et Jacques Bardoux », in D. CHAGNOLLAUD (DIR.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité (XVIII^e – XX^e siècle)*, Paris, Editions Panthéon Assas, p. 55-82. Voir également M. VERPEAUX, « Le contrôle de la loi par voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la III^e République », *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, n°4, p. 688 et s ; et S. PINON, *Les réformistes constitutionnels des années 1930. Aux origines de la V^e République*, Paris, LGDJ, 2003.

³ Sur l'effet d'institutionnalisation, voir P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris, Raisons d'agir/Seuil, 2012, p. 196-199. Il parle en ce sens de « l'amnésie de la genèse qui est inhérente à toute institution qui réussit » (*ibid.*, p. 198).

Plus généralement, étudier ce débat, c'est étudier une controverse doctrinale¹. Or, il y a deux raisons d'étudier les controverses. En premier lieu, une controverse est un moment « anormal »² dans le fonctionnement du champ, son étude permet alors de saisir la fluctuation de la connaissance juridique, de voir l'extension du domaine de l'incertain, puis le retour vers plus de certitude. En second lieu, dans la mesure où les arguments juridiques peuvent toujours être placés dans le débat public, et dans la mesure où ils émanent d'un champ qui prétend dire le vrai sur quelque chose, l'étude des controverses permet de saisir comment se forment ces arguments.

De même, l'étude du débat sur le contrôle de constitutionnalité permet d'analyser la doctrine juridique. Son étude est assez souvent négligée ; or, la laisser de côté, c'est laisser de côté un grand nombre de juristes, donc toute une partie du champ juridique³. Par ailleurs, la doctrine (dans ce sens, on parle plutôt de dogmatique), en se donnant pour mission d'améliorer le fonctionnement de l'ordre juridique, de le rendre plus cohérent, en proposant des réformes et en fournissant des justifications « contribue à la production de la normativité juridique »⁴. Enfin, et surtout, la doctrine joue un rôle fondamental car c'est elle qui, au moins en partie, crée les représentations qui permettent le fonctionnement du droit⁵. Ces représentations, ce sont non seulement des sortes de paradigmes comme les doctrines du service public ou de l'État de droit⁶, mais aussi des représentations de ce qui est – et donc en ce sens, la construction de la réalité juridique – car la doctrine contribue à construire et structurer non seulement le langage, mais aussi la perception juridique par le simple fait qu'elle tient sur le droit un discours de connaissance⁷. En effet, savoir juridique et pratique juridique – mais aussi point de vue juridique et langage juridique – sont profondément imbriqués.

Après avoir introduit l'objet, il convient maintenant de présenter la méthode qui sera employée pour l'analyser.

¹ On peut définir une controverse comme une situation pendant laquelle une question est posée par la doctrine et ne fait pas l'objet d'une réponse unanime (ou quasi-unanime, lorsque les contradicteurs sont traités en marginaux).

² Nous mettons « anormal » entre guillemets, car en réalité, il est normal qu'il y ait des moments anormaux.

³ Sur l'importance de la description du discours des juristes, voir P. BRUNET, « Questions sur ce que pourrait décrire une science du droit », in *Analisi e diritto*, 2014, 273-279.

⁴ J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, 2002/1, n°50, p. 105. À ce titre, la doctrine fait partie de ce que Riccardo Guastini nomme les « opérateurs juridiques ». Voir R. GUASTINI, « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, n°19, 2013. Pour une discussion de cette notion, voir É. MILLARD, « Qui sont les opérateurs juridiques de Guastini ? », *Analisi e Diritto*, 2014, p. 103-113.

⁵ C'est en ce sens que Pascal parlait du « fondement mystique » du droit. Voir B. PASCAL, *Pensées*, Paris, Godefroy, Les Géants, 1986, p. 84-93. Cette idée est également développée dans K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, London, Oxford University Press, 1939 ; voir aussi P. BRUNET, « Le droit est-il dans la tête ? », *Jus Politicum* n°8.

⁶ Ces deux exemples sont évoqués par Jacques Chevallier in *id.*, p. 108-109.

⁷ En ce sens, même la science du droit qui se veut purement descriptive peut toujours contribuer à la structuration et à la modification des représentations des acteurs juridiques sur l'objet « droit ».

Section 2. Méthode d'analyse du débat

L'essentiel de ce travail portera sur la question de la *forme*. C'est ce qui le distingue de travaux antérieurs comme ceux de Renaud Baumert¹, qui a voulu mettre en perspective les positions théoriques des auteurs avec leurs opinions politiques, et de Marie-Joëlle Redor², qui a voulu voir dans ce débat le triomphe du droit sur la loi. Ces deux auteurs se sont donc principalement intéressés au fond du problème, à ce qui était dit, et non à *comment* les choses étaient dites.

Cela veut dire aussi, et c'est un élément essentiel, qu'à aucun moment on ne se posera la question de la valeur de vérité des énoncés produits. Cette question ne saurait être posée que si l'on voulait se livrer à une forme d'exercice « judiciaire » *a posteriori*, et véritablement répondre à la question posée *dans le débat*³. Cette affaire n'étant pas la nôtre, le problème de la *vérité* des énoncés sera éliminé (et non simplement de laissé de côté) : il s'agira de se concentrer, à la manière de Foucault⁴, sur celui de leur *existence*. Cela veut dire qu'il faudra considérer les arguments des professeurs de droit comme n'étant ni vrais, ni faux, mais comme ayant une fonction : celle de produire et de transmettre des représentations.

Par ailleurs, et toujours à la manière de Foucault⁵, il convient de remettre en question certains principes d'unification des énoncés, et tout particulièrement la notion d'auteur. Il ne fallait pas considérer que les énoncés devaient être immédiatement rattachés à leurs auteurs respectifs, mais voir qu'ils pouvaient être traités différemment. En effet, ils entretiennent entre eux des rapports de ressemblance, et l'on remarque des régularités, qui font apparaître quelque chose comme des « circuits » ou des « façons de parler » partagés par les auteurs.

De la même façon, il faut considérer qu'une controverse, un débat, ce sont avant tout des discussions. Cela veut dire que, d'une certaine façon, les énoncés sont déjà attachés les uns aux autres car ils se répondent, s'interpellent et s'interrogent. Car l'on pourrait aussi choisir de traiter des énoncés qui portent tous sur la même question – sans se demander s'ils discutent d'autres énoncés ou s'ils sont discutés par d'autres – mais dans ce cas, le rattachement serait directement le fait de l'observateur et ne serait plus déjà là. En outre, traiter la question de cette manière n'aurait d'intérêt que si l'on s'intéressait au fond de ce qui est dit pas les auteurs ; or, comme il a été dit, ce n'est pas le cas.

¹ R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Paris, LGDJ, Varenne, 2009.

² M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, 1992.

³ Cela veut dire que les seules questions qui seront posées seront *sur le débat* et jamais *dans le débat*.

⁴ Voir M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, Tel, 2015. 1^{ère} éd. 1969.

⁵ *Ibid.*, p. 33-46.

Aussi, la matière de travail n'est pas constituée de l'ensemble des énoncés traitant du contrôle de la constitutionnalité des lois pendant une période déterminée¹, la question est traitée pour ce qu'elle est : un débat. Cela veut dire que les énoncés qui seront étudiés seront toujours rattachés à d'autres – soit parce qu'ils les citent, soit parce qu'ils sont cités – c'est-à-dire, inclus *dans le débat*². De cette façon, on pourra voir comment les énoncés se répondent, c'est-à-dire, comment s'échangent les arguments.

Ces « façons de parler » peuvent alors faire l'objet d'une typologie (§ 1). Il faudra également introduire certains termes, à commencer par celui de « jeu de langage » (§ 2). Enfin, il s'agira de voir comment l'on peut envisager la question de la réception des discours (§ 3).

§ 1. Typologie des formes de discours

Après avoir exposé la distinction entre discours juridique et politique (a), nous verrons comment le discours juridique se décompose en deux unités discursives distinctes (b).

a. Discours juridique et discours politique

Dans les développements de cette étude, le terme de discours juridique sera régulièrement employé par opposition au discours politique.

Ici³, l'élément essentiel de la distinction entre discours juridique et discours politique réside dans leur dimension formelle : le premier est un discours de connaissance, le second un discours de volonté. La question n'est pas de savoir si la volonté peut se cacher derrière des apparences de connaissance (bien sûr qu'elle le peut), il s'agit seulement de préciser que ce que l'expression « discours juridique » désigne un discours qui possède cette qualité *d'apparaître* comme essentiellement cognitif.

Ainsi le discours juridique est-il toujours descriptif d'un état de fait ou d'un état du droit, la matière avec laquelle il travaille est le présent. À l'inverse, le discours politique, faisant appel à la volonté, se détourne de la question de la connaissance pour se concentrer sur celle du choix visant à modifier pour l'avenir une situation présente.

¹ Dans ce cas, la détermination de la période étudiée serait bien plus problématique : il faudrait justifier l'élimination des occurrences antérieures et postérieures alors mêmes qu'elles pourraient être importantes pour le fond du problème.

² À ce titre, nous avons éliminé la thèse d'Eisenmann (*La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, 1986, 1^{re} éd. 1928) alors même qu'il concluait sur une formule tout à fait parlante : « une chose paraît hors de conteste : la nécessité logique, et par suite morale de cette institution [le contrôle de constitutionnalité] pour parachever le système de production du droit » (*op. cit.*, p. 294). En effet, si cette thèse est aujourd'hui bien connue, elle était, à l'époque, largement passée inaperçue, et même, comme le notait Favoreu, « passée sous silence pendant un demi-siècle » (L. FAVOREU, « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle », in P. AMSELEK (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann* [journées d'étude, Strasbourg, 27-28 septembre 1985], maintenant reproduit in C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle...*, *op. cit.*, p. 367). Pour cette même raison, il ne sera pas fait référence au traitement de la question à l'étranger (en Allemagne par exemple), car le débat prend essentiellement place en France.

³ Il s'agit donc d'une définition stipulée.

b. Les deux unités du discours juridique

i. Les deux temps du discours technico-juridique

L'unité discursive technico-juridique se décompose en deux sous-ensembles.

D'abord le discours logico-juridique qui fait appel à de grands principes logiques, et qui joue dans l'abstrait. Comme nous le verrons, il fonctionne essentiellement sur le mode de la spéculation et se désintéresse des considérations empiriques, à commencer par la question des effets concrets des normes.

Dans le débat, le discours logico-juridique fonctionne au moyen de deux principes. En premier lieu, la hiérarchie des normes dont la formulation se présente ainsi : « si une norme N₁ est supérieure à une norme N₂, en cas de contradiction entre les deux, c'est la norme N₁ qui doit prévaloir ». En second lieu, ce que nos auteurs appellent la « fonction naturelle du juge » : en cas de conflit, le juge doit décider. Bien sûr, ces deux principes sont complémentaires : en cas de conflit entre N₁ et N₂, le juge doit faire prévaloir la norme N₁.

Le discours logico-juridique marche, si l'on peut dire, sur deux jambes : d'abord, on conçoit que l'ordre juridique est *par nature* hiérarchisé, et que la Constitution est aussi *par nature* supérieure à la loi ; ensuite, on considère que le juge, d'une part peut *connaître* ce rapport hiérarchique, et d'autre part, doit le rendre effectif (et que cette nécessité fait également partie de la *nature* de sa fonction).

Le deuxième sous-ensemble du discours technico-juridique est le discours herméneutico-juridique. Ce terme a pour fonction de désigner l'ensemble des énoncés prétendant livrer une interprétation de textes (qu'il s'agisse de textes constitutionnels, législatifs ou jurisprudentiels).

Dans le débat le discours herméneutico-juridique est non seulement le second sous-ensemble du discours technico-juridique, mais aussi son second temps : le jeu logico-juridique ayant posé une présomption en faveur du contrôle de constitutionnalité, il convient ensuite d'analyser le droit positif français pour voir s'il renverse ou non cette présomption. Là où la logique s'en tient aux formes, ce discours s'intéresse au contenu. Finalement, cette analyse de ce en quoi consiste le droit en vigueur correspond essentiellement en l'analyse de textes, c'est pourquoi ce discours sera nommé « herméneutico-juridique ».

Il faut bien voir que le discours logico-juridique et le discours herméneutico-juridique sont complémentaires, ils jouent ensemble et c'est ce qui permet de parler de discours technico-juridique. Ces deux sous-discours structurent le discours technico-juridique pour lui permettre de fonctionner, de demeurer hégémonique.

La production d'une vérité technique est possible parce que le discours logico-juridique et le discours sur l'état du droit jouent ensemble à exclure un autre discours, qui constitue notre seconde unité discursive : le discours pragmatico-juridique.

ii. Le discours pragmatico-juridique

Le discours pragmatico-juridique relève toujours de la catégorie générale du discours juridique en tant qu'il demeure cognitif et descriptif d'un état de choses. La différence est qu'il ne fonctionne pas dans l'abstrait, total comme le discours

logico-juridique, ou partiel comme le discours herméneutico-juridique¹. Comme son nom l'indique², le discours pragmatico-juridique fait acte de connaissance des effets *pratiques* des règles et institutions juridiques, et au premier chef, de leurs effets économiques et sociaux.

Dans le débat, cette modalité discursive est celle qu'inaugure Édouard Lambert dans son *Gouvernement des juges*³ : il veut y montrer « les réalités sociales, et surtout économiques qui s'abritent derrière la doctrine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois »⁴, nous renseigner sur son « fonctionnement pratique »⁵, il a entendu se « borner à *décrire* aussi objectivement qu' [il] le pouvait les faits sociaux *concrets* que recouvre la théorie juridique »⁶. On le remarque, ce langage reste descriptif, la différence est qu'il ne décrit pas la même chose que le discours technico-juridique : il n'est pas ici question de spéculation logique ou d'interprétation des textes, mais des conséquences pratiques des règles juridiques.

Il faut ici remarquer que le discours pragmatico-juridique possède les mêmes qualités que le discours herméneutico-juridique : il est tout aussi contingent et marqué par l'historicité. En effet, les réalités économiques et sociales changent, tout comme change le contenu du droit. À l'inverse, le discours logico-juridique est lui marqué par l'ahistoricité et la nécessité : les principes logiques sont permanents.

C'est ici que l'on peut voir comment le discours technico-juridique fonctionne en excluant le discours pragmatico-juridique : c'est le discours descriptif du droit en vigueur qui vient, en son sein, atténuer l'abstraction logique, apporter cette dose de contingence. Le discours herméneutico-juridique peut ainsi sembler jouer contre le discours logico-juridique ; en réalité, il joue *avec* lui : il permet au discours technico-juridique de prendre lui-même en charge son excès d'abstraction tout en sauvant la permanence de la logique. Le discours technico-juridique reposant sur cette opposition constitutive entre nécessité et contingence peut ainsi sauver son autonomie vis-à-vis du discours pragmatico-juridique.

Il s'agit toujours de voir comment peut exister un discours technique, comment son fonctionnement lui permet de se maintenir en position dominante. Car il faut bien le voir : de par de son versant logique, le discours technico-juridique possède une arme imparable contre le discours pragmatico-juridique : à la contingence de la factualité, on peut toujours opposer la permanence de la logique. Cela fait partie de la logique d'un jeu de langage : il y a des arguments auxquels on ne peut répondre car ils appartiennent à un autre jeu de langage.

La fonction de cette exclusion est, nous le verrons, de barrer la route au discours politique qui ne peut exister si le seul discours descriptif présent est un discours technique : en matière technique, le choix n'est pas possible, la technique est neutre

¹ *Abstrait* car aucune attention n'est portée sur l'effet concret des normes ; *partiel* car ce langage est tout de même rattaché à des éléments (pour ainsi dire) physiques : des textes.

² Du grec *pragmatikos*, ce qui est relatif à l'action, à la pratique.

³ E. LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005. 1ère éd. : M. Giard, 1921.

⁴ *Ibid.*, p. 220.

⁵ *Ibid.*, p. 221.

⁶ *Ibid.*, p. 236. Nous soulignons.

(en apparence bien sûr). À l'inverse, la question de la décision politique semble devoir exister nécessairement à la suite d'un discours sur les effets pratiques du droit.

Finalement, cette typologie est assez peu originale : il s'agit de trois modalités discursives classiques des juristes. Néanmoins, elles sont généralement assez emmêlées dans les discours des juristes et il convenait alors de les expliciter.

De même, il ne faudrait pas penser que ces discours existeraient en eux-mêmes. Ce découpage n'est évidemment pas quelque chose de préexistant que le chercheur pourrait découvrir ou révéler ; au contraire, il doit le créer, prendre des décisions¹. C'est en ce sens que l'on peut parler de décisionnisme², en raison du choix d'un mode de découpage particulier ; cela veut dire aussi que d'autres découpages sont également possibles.

Toutefois, si c'est ce découpage que nous avons choisi, c'est bien qu'il nous semble pertinent, c'est-à-dire capable de révéler des choses intéressantes. En fin de compte, il n'est qu'une grille de lecture parmi d'autres, mais c'est bien en inventant une nouvelle grille, et en la substituant à une autre que l'on peut apercevoir des éléments que la grille précédente masquait (ou plutôt, ne montrait pas).

Par exemple, la tripartition des modes de discours permet de se situer *au-delà* d'une distinction – et donc aussi d'une grille de lecture – classique comme celle opposant les auteurs positivistes aux jusnaturalistes. En effet, il faut bien voir que ces trois façons de parler sont utilisées indistinctement par ces deux groupes d'auteurs. Elle permet en ce sens d'étudier le fonctionnement du discours doctrinal en général, indépendamment des affiliations théoriques des différents auteurs. En ce sens, elle résulte également du rejet de la notion d'auteur qui tend à trop individualiser les interventions alors mêmes qu'elles sont toujours incluses dans des modalités discursives préexistantes.

Nous parlons ici de « discours », « ensembles discursifs », « modalités discursives » dans un sens identique. L'idée est de désigner par ces termes des groupements (cohérents et autonomes) d'énoncés, qui semblent entretenir suffisamment de rapports entre eux pour pouvoir être subsumés sous la même catégorie, mais aussi qui semblent ne pouvoir exister qu'à l'intérieur de ces ensembles.

Pour éclaircir un peu les choses, il convient maintenant d'introduire une notion qui sera essentielle dans le déroulement cette étude – celle de jeu de langage – et de la distinguer de celle de discours.

§ 2. Unités discursives, discours et jeux de langage

a. La notion de jeu de langage

Le concept de jeu de langage est relativement difficile à définir dans la mesure où son concepteur lui-même, Wittgenstein, ne le définit pas autrement qu'en donnant des exemples : « Donner des ordres, et agir d'après des ordres ; décrire un

¹ Il serait en effet particulièrement prétentieux de prétendre avoir fait, sur ce débat, une *découverte* de quelque chose qui était là mais que personne n'avait vu avant.

² Au sens d'un décisionnisme conceptuel. Voir sur ce point : G. TUSSEAU, « Sur métalangage du comparatiste – De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Revus*, n°21, 2013.

objet en fonction de ce qu'on en voit, ou à partir de mesures que l'on prend ; [...] rapporter un événement, faire des conjectures au sujet d'un événement ; établir une hypothèse et l'examiner »¹. Ces quelques exemples font ressortir qu'un jeu de langage constitue un certain espace dans le champ du langage ordinaire, un espace suffisamment autonome pour que l'on puisse parler de jeu.

Car le sens qu'il y a à accoler les mots « jeu » et « langage » consiste à démontrer que le langage connaît des règles, et que chaque jeu de langage particulier connaît lui aussi ses règles propres. Un jeu de langage est une activité réglée : pour jouer à un jeu de langage, il faut s'exprimer d'une certaine façon, sinon on n'y joue pas. Car un autre élément que fait ressortir le mot « jeu » est le caractère collectif des interactions langagières : on joue à un jeu de langage avec quelqu'un.

Dans le cas des débats doctrinaux, par exemple, il arrive souvent qu'un auteur joue avec ses collègues à un jeu de langage consistant à savoir ce qu'est le droit en vigueur au moment où il s'exprime, pour cela, il doit formuler des propositions d'une certaine façon qui rend ce jeu possible car « l'autre, s'il connaît le jeu de langage, doit être en mesure d'imaginer comment il est possible de savoir une telle chose »², ainsi il pourra répondre sur le même mode discursif, et donc, jouer.

Or, ces règles, et donc ces formations discursives, sont contingentes : « on joue à des jeux de langage tout à fait différents aux différents âges de l'histoire »³. Elles existent à un moment donné et pourraient très bien ne pas exister. Il s'agit de *systèmes* historiques au sein desquels des individus s'expriment d'une certaine façon, ces énoncés n'ont alors de sens que dans ce système (Foucault aurait parlé de régime discursif) : « le système n'est pas tant le point de départ de nos arguments que leur milieu vital »⁴. En dehors de ce milieu, les arguments ne peuvent exister, ou du moins, ne peuvent exister en tant qu'arguments.

b. Doute et certitude

Notre étude consiste à repérer différents jeux de langage parmi un ensemble d'énoncés. Or, un jeu de langage est toujours constitué (structuré) par un ensemble d'éléments qui sont tenus pour acquis⁵. Certains éléments demeurent hors de doute, ne peuvent être mis en question à peine de détruire ou de changer le jeu de langage⁶. Cet ensemble d'éléments sera appelé « certitude constitutive ». Et cette

¹ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, NRF, 2004, § 23.

² *Ibid.*, § 18.

³ L. WITTGENSTEIN, *Leçons et conversations sur l'esthétique, la psychologie et la croyance religieuse*, Paris, Gallimard, Folio essai, 1992, § 25.

⁴ L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, Paris, Gallimard, NRF, Bibliothèque de philosophie, 2006, § 105.

⁵ « Les questions que nous posons et nos doutes reposent sur le fait que certaines propositions sont soustraites au doute – sont pour ainsi dire, comme des gonds sur lesquels tournent nos questions et nos doutes ». (*De la Certitude*, *op. cit.*, § 341). « L'absence de doute appartient à l'essence du jeu de langage ». (*ibid.*, § 370).

⁶ « Cette certitude n'est-elle pas (déjà) présumée dans le jeu de langage ? En cela précisément que *celui* qui ne reconnaît pas les objets avec certitude ne joue pas le jeu, ou le joue mal ». (*ibid.*, § 446). Les italiques sont de l'auteur.

certitude constitutive relève en fin de compte de la croyance, car « le doute vient après la croyance »¹.

Aussi il conviendra de repérer cette certitude constitutive pour chaque jeu de langage, de voir ce que les auteurs ne mettent pas en doute car c'est ce qui permet au jeu de langage de fonctionner. De la même façon, il faudra voir quelles sortes de doutes sont permis par le jeu de langage.

Naturellement, le premier doute interdit par un jeu de langage est le doute sur le bien-fondé de son existence². Par exemple, aucun auteur prétendant jouer le jeu logico-juridique ne peut contester qu'il existe une logique juridique. De même, celui qui joue le jeu herméneutico-juridique ne peut douter de l'existence d'un sens dans les textes. Plus généralement, la certitude qui semble sous-tendre l'ensemble du jeu de langage technico-juridique est qu'il existe une « vérité du droit »³ ; si ce n'était pas le cas, il n'y aurait aucun sens à traiter juridiquement la question.

Au-delà de ces considérations générales, qui sont sans doute valables pour d'autres débats que le nôtre, il conviendra aussi de débusquer d'autres éléments de cette certitude constitutive. C'est-à-dire, des éléments qui permettent aux jeux de langage de fonctionner *dans ce débat en particulier*.

c. La notion de discours

Nous emploierons le terme « discours » dans un sens différent de celui de jeu de langage. L'idée avec « jeux de langage » était de désigner des milieux spécifiques pour certaines interactions langagières. Avec « discours », nous désignerons un ensemble d'énoncés considéré, non comme un milieu, mais comme un bloc. Aussi, nous emploierons « discours » quand il sera question d'émission et, surtout, de réception de cet ensemble d'énoncés.

Quand il n'y aura pas lieu de distinguer, mais au contraire de confondre, pour un même groupe d'énoncés, la question de leur naissance et celle de leur émission/réception, nous parlerons d'« unité discursive », ou plus simplement d'« unité ».

§ 3. Réception des discours et actes de langage

Dans la limite du possible, nous essaierons d'analyser les effets produits par les énoncés doctrinaux, c'est-à-dire, poser la question de la réception des énoncés, à la fois dans le champ doctrinal, et hors du champ doctrinal. Pour ce faire, nous ferons appel à la notion d'actes de langage développées par Austin.

¹ L. WITTGENSTEIN, *De la Certitude*, op. cit., § 160.

² Ce que Bourdieu appelait l'*illusio*, c'est-à-dire la « croyance fondamentale dans l'intérêt du jeu » (*Méditations pascaliennes*, Paris, Seuil, Essais, 2003 (2^e éd.), p. 25). Dans le même sens, et plus spécialement au sujet du travail scientifique, Weber écrit : « l'on présuppose que ce que produit le travail scientifique est important, c'est-à-dire, mérité d'être connu » (« La Profession et la vocation de savant », *Le savant et le politique*, Paris, La découverte, 2003, p. 90).

³ Bien que nous puissions faire l'hypothèse que les auteurs jouant le jeu technico-juridique y croient vraiment – ils se trouveraient « pris au jeu » (de langage), il s'agit surtout – et toujours – d'une question formelle. Cela veut dire qu'un auteur prétendant jouer le jeu technico-juridique ne peut *explicitement* douter de l'existence d'une « vérité juridique ».

Dans *Quand dire, c'est faire*¹, J.L Austin propose une première distinction entre énoncés constatifs (qui peuvent être vrais ou faux), et énoncés performatifs (qui peuvent être heureux ou malheureux parce qu'ils tendent en réalité à *faire* quelque chose). Il donne quelques exemples de cette dernière catégorie d'énoncés : « je donne et lègue ma montre à mon frère, [...] je vous parie six pence qu'il pleuvra demain ». Dans ce cas, « énoncer la phrase [...], ce n'est ni décrire [...] ni affirmer que je le fais : c'est le faire »².

Mais Austin laisse ensuite de côté cette distinction pour en arriver à une autre, entre l'acte locutoire (le fait de dire quelque chose), l'acte illocutoire (le fait de dire quelque chose pour quelque chose, donc « l'acte effectué *en disant* quelque chose »³), et enfin l'acte perlocutoire qui correspond aux effets objectifs produits par l'énonciation (l'acte effectué *par le fait* de dire quelque chose)⁴.

Or, revenant un instant sur sa première distinction entre constatifs et performatifs, Austin se rend compte que « chaque fois que je dis quelque chose (...), j'effectue à la fois un acte locutoire et un acte illocutoire »⁵. En réalité, même les actes apparemment constatifs relèvent de la performativité⁶ : on dit toujours quelque chose pour faire quelque chose (et cette attente sera plus ou moins comblée). C'est ainsi qu'Austin passe de la distinction constatif/performatif à la théorie des actes de langage⁷.

Dans cette perspective, il est possible de considérer des énoncés d'apparence constative comme des actes de langage performatifs, car la démarche d'Austin « revient à étendre aux énoncés prétendument “constatifs” la notion d'acte *et* à étendre au performatif la notion de vérité »⁸. On peut ainsi se poser la question la question de la réussite (*felicity*) d'énonciations apparemment constatives, tout en choisissant d'éliminer la question de la « valeur de vérité » que pourraient avoir des énoncés dans le jeu de langage juridique (au sens où ils auraient où non décrit correctement un « état de choses »).

Cela veut dire qu'au lieu de se poser la question de la *vérité*, et au-delà de la simple question de *l'existence* des énoncés – qui constitue toutefois notre objet principal – nous nous poserons la question de *l'efficacité* des discours. A chaque fois, il faudra se poser la question : le discours a-t-il réussi à faire ce qu'il voulait faire ? Ou – pour éviter l'anthropomorphisation – l'ensemble des auteurs jouant à

¹ J.L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1991 (1ère. éd. 1970).

² *Ibid.*, p. 41.

³ *Ibid.*, p. 113.

⁴ Nous pouvons reprendre ici un exemple donné par Austin *in ibid.*, p. 114 :
« Locutoire : il m'a dit 'tire sur elle' ;
Illocutoire : il me pressa (ou me conseilla, ou m'ordonna etc.) de tirer sur elle.
Perlocutoire : il me persuada de tirer sur elle ».

⁵ *Ibid.*, p. 139.

⁶ Comme le disait aussi Bourdieu : « La description scientifique la plus strictement constative est toujours exposée à fonctionner comme une prescription » (P. BOURDIEU, *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, Fayard, Points, 2014, p. 195).

⁷ J.L. AUSTIN, *op. cit.*, p. 152.

⁸ S. LAUGIER, « Performativité, normativité et droit », in *Archives de philosophie*, 2004/4 (Tome 67), p. 619. Les italiques sont de l'auteure.

un certain jeu de langage a-t-il produit ce qu'il voulait produire ? Cela veut dire que, chaque fois que nous voudrions traiter un discours comme acte de langage pour analyser sa réussite ou son échec¹, il faudra se demander quelle pourrait être la réussite ou l'échec de cet acte².

Hors du champ doctrinal, nous avons retenu deux espaces qui nous semblaient pertinents : l'espace médiatique et l'espace juridictionnel. Pour leur étude, nous disposons de deux éléments : la série d'interview réalisée par Georges Suarez pour *Le Temps* en 1925³ et les conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie dans les affaires *Arrighi* et *Coudert* jugées par le Conseil d'État en 1936.

Concernant l'espace médiatique, il importera de voir ce que les professeurs de droit ont pu dire. En réalité, il s'agit donc d'étudier la question de la réception d'un discours dans un espace d'émission de discours : la presse étant un média, on y parle pour s'adresser à d'autres qu'à son seul interlocuteur. Et c'est ici que s'arrête notre travail : l'étude de la réception des discours des professeurs de droit, médiatisés par la presse, dans d'autres espaces excède très largement les possibilités de recherche dont nous disposons⁴.

Concernant l'espace juridictionnel, il s'agit surtout de disposer, avec les conclusions de Latournerie, d'un *exemple* pouvant éclairer sur la capacité qu'a la doctrine à produire des représentations de ce qu'est et ce que doit être le droit. Il ne s'agit toutefois pas de faire de Latournerie le « juge » des différents discours⁵ (c'est pour cela que nous pourrions étudier les oppositions au discours pragmatique-juridique dans le champ doctrinal *après* avoir analysé sa réception par Latournerie). En effet, il convient de se garder de concevoir une « finalité » du discours doctrinal, et de bien voir que d'une part, les professeurs de droit – en tant qu'agents du champ doctrinal – parlent en bonne partie pour eux-mêmes, et d'autre part, que le discours produit dans et par le champ doctrinal demeure disponible.

Il faut enfin s'intéresser à une notion décisive pour la réussite ou l'échec des actes de langage : *l'habilitation*. Cette notion, au sens d'une habilitation juridique, apparaît chez Austin comme un élément tout à fait central dans l'étude de ce qu'il appelle les « performatifs directs »⁶. Mais il est possible de suivre Bourdieu dans une analyse de la performativité indirecte et de ses agents qui ne sont pas habilités par des règles de droit, donc juridiquement, mais par d'autres agents (par le champ).

¹ Si l'on suit Sandra Laugier, on doit considérer que la question de l'échec est tout à fait centrale car « c'est précisément la possibilité de l'échec qui définit l'acte de langage comme acte » (*ibid.*, p. 621). Les italiques sont de l'auteure.

² Par exemple, si l'on voulait étudier les conclusions d'un commissaire du gouvernement comme un acte de langage (ce qui ne sera pas le cas dans notre étude), on devrait considérer que l'acte est réussi s'il est suivi par les juges.

³ Voir *infra* (sec. 2).

⁴ C'est aussi là, sans doute – si l'on ne veut pas s'en tenir strictement à l'étude de l'espace politique (en étudiant les débats parlementaires par exemple) – que commencerait une étude proprement sociologique.

⁵ Il ne faudrait pas adopter une vision téléologique d'un débat doctrinal entièrement tourné vers l'arrêt *Arrighi*.

⁶ Par exemple, pour qu'un mariage soit constitué par l'énonciation du performatif « oui je le veux », il faut que celui qui a prononcé cette phrase soit l'un des deux futurs mariés, en répondant à la question posée par le maire ou son adjoint.

Car il faut bien se rendre compte qu'un professeur de droit énonçant une affirmation sur l'essence et la réalité de l'ordre juridique est en quelque sorte un *agent habilité*¹. Les professeurs de droit sont habilités par le champ juridique en général pour énoncer des affirmations sur le droit : quant à sa nature, ou quant à sa « réalité ».

De cette habilitation résulte une certaine force symbolique de l'affirmation et certains effets, à commencer par la production et, donc, l'énonciation de représentations de ce qu'est le droit.

Sur ce débat, trois questions seront posées de manière chronologique. Il importe en effet de suivre la dynamique du débat qui, comme il a été dit, est essentielle. Le discours technico-juridique n'est en effet constituée que lorsque les jeux logico-juridiques et herméneutico-juridiques ont été joués². De même, l'unité pragmatico-juridique ne peut être étudiée qu'en troisième lieu car elle fait face à un discours technico-juridique déjà constitué.

En premier lieu, il s'agira d'interroger les énoncés en tant qu'ils s'insèrent dans des jeux de langage, c'est-à-dire, se poser la question du *fonctionnement interne* de chaque jeu. Parallèlement, il faudra se poser la question des *relations* qu'entretiennent les jeux de langage entre eux.

Enfin, il conviendra de poser une question plus générale concernant les *effets des discours*. Cela veut dire : à la fois poser la question du *type* d'énoncés que produit chaque jeu de langage – et surtout celle des propriétés de ce type d'énoncés – mais également poser la question de la réception des énoncés, cette fois-ci considérés comme discours

Ces trois questions seront posées pour chaque unité discursive que nous avons choisi d'étudier : logico-juridique (part. I), herméneutico-juridique (part. II), et pragmatico-juridique (part. III).

¹ On ne peut certes pas dire qu'un professeur de droit est habilité au même titre que l'est un juge, mais il faut bien se rendre compte qu'une assertion sur la nature du droit est différente selon qu'elle est produite par un professeur ou par – mettons – un banquier.

² Pour cette raison, la question de la réception du discours technico-juridique ne peut être posée qu'à la fin de la deuxième partie.

PARTIE I

LE JEU LOGICO-JURIDIQUE

Le jeu de langage logico-juridique est un enjeu fondamental dans le débat qui nous occupe. D'une part, il permet, de placer dans le débat des vérités abstraites et éternelles – point sur lequel nous reviendrons. Mais il est également essentiel pour le champ juridique et pour l'existence du langage juridique lui-même. Il est, en effet, essentiellement un jeu de langage *scolastique*¹ dans le sens où c'est le champ juridique lui-même – et en réalité le sous-champ doctrinal – qui est à l'origine de la question². La question du contrôle de constitutionnalité est posée par les juristes dogmaticiens pour pouvoir y répondre³.

Le jeu logico-juridique participe d'une façon de parler, et aussi sans doute d'une façon de penser juridique. Dans un sens, c'est ce jeu qui donne au langage juridique ses lettres de noblesse, à la fois parce qu'il lui apporte une dimension universelle (les vérités qu'il produit sont universelles), et aussi parce qu'il permet au juriste de se départir de la question des circonstances d'application des normes pour vivre dans « le monde ludique de la conjecture théorique »⁴.

Le discours logico-juridique repose sur une certaine conception de l'ordre juridique (chap. 1), et de la fonction du juge (chap. 2), mais sa dimension abstraite se trouve également critiquée (chap. 3).

¹ Cette idée est développée par P. Bourdieu dans les *Méditations pascaliennes* (*op. cit.*), à la suite d'Austin dans *Le langage de la perception* (Paris, Vrin, 2007).

² C'est un lieu commun que de dire que les questions de logique juridique abstraite ne sauraient intéresser « l'homme de la rue ».

³ Comme le notait Bourdieu : « participer de l'*illusio*, scientifique, littéraire, philosophique ou autre, c'est prendre au sérieux [...] des enjeux qui, nés de la logique du jeu lui-même, en fondent le sérieux ». (*Méditations pascaliennes*, *op. cit.*, p. 25). A cet égard, il faut remarquer que Blondel prend le soin d'anticiper la critique et de préciser qu'« étudier ce problème, ce n'est pas [...] une amusette pour juristes » (A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, étude critique comparative : États-Unis, France, Aix-en-Provence*, Paul Roubaud, 1927, p. 1).

⁴ P. BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, *op. cit.*, p. 27.

Chapitre 1. La hiérarchie des normes

Les auteurs présentent tous certaines conceptions du rapport entre loi et constitution (sec. 1), tendant à objectiver la hiérarchie des normes (sec. 2). Parmi ces éléments, quelques-uns sont tenus pour certains, alors que d'autres peuvent être mis en doute (sec. 3).

Section 1. Loi, Constitution et principes supra-constitutionnels

On trouve chez nos auteurs trois conceptions différentes du rapport hiérarchique de la loi à la Constitution, toutes trois permettant de justifier le contrôle de constitutionnalité des lois : certains théorisent la supraconstitutionnalité (§ 1), d'autres conçoivent la Constitution comme suprême dans l'ordre juridique (§ 2), pour d'autres enfin, la Constitution est seulement supérieure à la loi (§ 3).

§ 1. Théories de la supraconstitutionnalité

On trouve une théorie de la supraconstitutionnalité chez les deux principaux auteurs les plus jusnaturalistes de l'époque : les doyens Duguit (a) et Hauriou (b).

a. Léon Duguit

Duguit ne se « convertit »¹ au principe du contrôle de constitutionnalité des lois qu'assez tardivement, en 1913². Auparavant, il refusait de reconnaître l'existence d'un pouvoir du juge de contrôler les lois, alors même que sa théorie du droit objectif semblait devoir y conduire inéluctablement.

Le principe même de la théorie objectiviste est qu'elle s'oppose à une théorie subjectiviste, c'est-à-dire volontariste. Au-delà de sa critique de la notion même de droit subjectif, c'est à la loi conçue sur le modèle rousseauiste comme l'expression de la volonté générale que Duguit s'en prend, c'est-à-dire ce qu'il appelle le « fétichisme de la loi »³. Pour Duguit, la loi n'est pas l'expression de la volonté générale mais celle « de la volonté des 350 députés et des 200 sénateurs qui forment la majorité habituelle au Sénat et à la Chambre »⁴.

À côté de cette désacralisation de la loi, Duguit conçoit ce qu'il nomme un « droit objectif immanent à la société, qui s'impose à l'État et dont le juriste se fait l'interprète »⁵ : « il existe un droit objectif supérieur aux gouvernants »⁶. L'idée est que toute société génère des normes sociales nécessaires, le respect de ces normes sociales n'est alors pas « l'obligation transcendante correspondant à un devoir métaphysique, mais une nécessité sociale qui s'impose à tous les hommes vivant en société parce qu'ils y vivent »⁷. Dès lors, les gouvernants, poussés par un consensus

¹ Selon l'expression de R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Paris, LGDJ, Varenne, 2009. p. 293-364.

² L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913.

³ *Ibid.*, p. 74.

⁴ *Ibid.*, p. 75.

⁵ R. BAUMERT, *La découverte... op. cit.*, p. 302.

⁶ L. DUGUIT, *Les transformations... op. cit.*, p. 76.

⁷ *Ibid.*, p. 77.

social¹, doivent reconnaître dans le droit positif ce droit objectif préalable pour en organiser la sanction, mais, dans tous les cas, le droit objectif existe indépendamment de sa sanction.

Dans ces conditions, Duguit veut « soumettre tout l'État au droit »² : certaines règles s'imposent aux gouvernants parce qu'elles sont la formulation du droit objectif. On trouve ici toute l'expression du jusnaturalisme duguiste : « s'il n'est pas fondé sur le droit objectif, le droit n'est pas du tout du droit : il n'est que le travestissement grossier d'un acte de force auquel nul n'est tenu d'obéir »³. Or, ces règles de droit objectif, Duguit en trouve la formulation dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui doit ainsi s'imposer « non seulement au pouvoir législatif ordinaire, mais aussi au pouvoir législatif constituant »⁴. Évidemment, dans sa perspective antivolontariste, Duguit « prétend que la Déclaration ne crée pas le droit supérieur, qu'elle se contente de le déclarer »⁵. Par ailleurs, l'énonciation du droit objectif par la Déclaration de 1789 est complétée par les lois constitutionnelles rigides, qui doivent donc, elles aussi, s'imposer au législateur ordinaire.

Duguit en vient alors à reconnaître au juge un droit, et aussi un devoir, de vérifier la conformité des lois au droit objectif⁶. En 1913, il constate une « tendance très forte à reconnaître aux tribunaux le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois »⁷. L'exception d'inconstitutionnalité est pour Duguit la condition pour garantir l'application des normes supralégales, et aussi supraconstitutionnelles, de droit objectif.

b. Maurice Hauriou

Schématiquement, la théorie du droit d'Hauriou est marquée par deux traits principaux : l'institutionnalisme et le jusnaturalisme.

Pour Hauriou, l'État est ce qu'il appelle une « institution-personne » (ou institution incorporée) qui se définit comme un « système d'équilibre de pouvoirs et de consentement construit autour d'une idée »⁸. Une institution de ce type apparaît selon quatre stades successifs : l'idée d'œuvre vient au fondateur, des organes de direction apparaissent, se spécialisent et s'équilibrent, enfin, l'institution fait l'objet d'un assentiment social⁹. Cette théorie s'applique à des institutions diverses comme les entreprises, les syndicats et les églises, mais aussi (et surtout) à l'État qui est

¹ Ce consensus est lui-même issu de deux sentiments : « le sentiment de socialité, sentiment solidariste, et le sentiment de justice, sentiment individualiste » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1927 (3^e éd.), vol. 1, p. 93).

² É. PISIER, « Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes... » in *Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1987. p. 193.

³ R. BAUMERT, *op. cit.*, p. 306.

⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1930 (3^e éd.), vol. 3, p. 596.

⁵ É. PISIER, art. cité, p. 195.

⁶ « Je qualifierai simplement de loi inconstitutionnelle toute loi contraire à un principe supérieur de droit, inscrit ou non dans une loi supérieure à la loi ordinaire » (L. DUGUIT, *Traité...*, *op. cit.*, p. 710).

⁷ L. DUGUIT, *Les transformations...*, *op. cit.*, p. 97.

⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929 (2^e éd.), p. 73.

⁹ R. BAUMERT, *op. cit.*, p. 259.

alors une institution englobant les autres, une « méta-institution ». Les organes de l'État tirent alors leur légitimité, et leur caractère représentatif, du fait qu'ils se conforment à l'idée directrice de l'institution, et qu'ils produisent un droit conforme à cette idée.

C'est ici qu'intervient le droit naturel qui tend à limiter la puissance de l'État car il lui est antérieur. Deux éléments composent ce droit naturel : l'ordre établi (« force conservatrice ») et la justice (« force révolutionnaire »). Ce droit naturel fait ensuite l'objet d'une reconnaissance coutumière, juridictionnelle et légale¹. C'est alors qu'apparaît la « constitution sociale » d'un pays qui est, elle, une institution-chose, non incorporée : elle n'a pas d'organes directeurs, elle n'est pas personnifiée. Dès lors, il est nécessaire pour Hauriou d'établir un équilibre entre l'État, institution-personne, et la constitution sociale, institution-chose : un « équilibre entre le pouvoir de l'État et le droit »². Car il est possible de concevoir un droit produit par l'État qui ne serait pas conforme à la constitution sociale du pays, bien que ce droit bénéficie d'une présomption de *validité*³.

Dès lors, il est nécessaire qu'il existe pour les citoyens des « moyens contentieux de discuter la légitimité ou la validité juridique du pouvoir de droit »⁴. Le contrôle de constitutionnalité des lois par le juge ordinaire est alors un de ces moyens contentieux permettant de mettre en cause la présomption de validité dont bénéficie la loi. Or, il est question ici de remettre en question la validité présumée de la loi ordinaire, mais aussi de la loi constitutionnelle : « la loi constitutionnelle elle-même ne doit pas échapper au contrôle du juge, il y a des occasions où le contrôle pourrait s'exercer sur elle. Par exemple, au fond, un amendement à la constitution serait en contradiction avec cette *légitimité constitutionnelle* [...] qui est au-dessus de la super-légalité elle-même »⁵.

Ainsi, Duguit et Hauriou présentent-ils un modèle où la loi, mais aussi la constitution, sont subordonnées, au droit objectif chez Duguit, et à la constitution sociale chez Hauriou. Mais tous les auteurs ne souscrivent pas aux théories de la supraconstitutionnalité, certains préfèrent concevoir la constitution comme suprême dans l'ordre juridique.

§ 2. Suprématie de la Constitution : la souveraineté du pouvoir constituant

La thèse de la suprématie de la constitution consiste en l'idée qu'elle n'est pas seulement supérieure aux autres normes mais suprême dans l'ordre juridique. Cette suprématie découle en réalité, non d'une qualité propre de la constitution, mais de celle du pouvoir constituant souverain.

¹ *Ibid.*, p. 261.

² M. HAURIOU, *Précis... op. cit.*, p. 101.

³ La constitution sociale étant définie par Hauriou comme « l'ensemble des principes fondamentaux qui déterminent la validité juridique des actes » (*ibid.*, p. 238). C'est dans cette expression que R. Baumert voit la « formule-clef du jusnaturalisme » (*op. cit.*, p. 261), il en fait la question de *validité*.

⁴ M. HAURIOU, *Précis... op. cit.*, p. 22.

⁵ *Ibid.*, p. 269. Les italiques sont de l'auteur.

Cette thèse se retrouve en particulier chez Joseph Barthélémy et Paul Duez qui définissent la Constitution comme étant la « loi suprême du pays »¹. Cette suprématie découlerait selon eux de deux éléments. Le premier est politique : formellement, la Constitution permet de créer un ordre constitutionnel rendant possible une démocratie organisée (dans laquelle le pouvoir est réparti par la Constitution)² ; matériellement, le contenu de la Constitution constitue les « fondements de toute législation de droit privé et de droit public »³.

Le second élément est juridique : la suprématie politique de la Constitution est assurée juridiquement par sa rigidité⁴. La rigidité d'une constitution est définie par le fait qu'elle ne puisse être modifiée par la procédure législative ordinaire. Pour les auteurs, en dehors des exceptions que constituent les chartes de 1814 et 1830, « notre pays suit traditionnellement, depuis 1789, le système de constitutions rigides »⁵. Ainsi la constitution rigide dispose-t-elle *in abstracto* de la « suprématie juridique sur les lois ordinaires »⁶, et le modèle est valable pour les lois constitutionnelles de 1875. Cette suprématie de la loi constitutionnelle repose en fait sur la suprématie du législateur constituant (seul titulaire de la *souveraineté*) sur le législateur ordinaire : il s'agit d'empêcher ce dernier d'intervenir dans certaines matières. Dès lors, « grâce à la notion de constitution rigide pourra se dégager la notion de *loi illégale* »⁷ que le juge devra sanctionner.

Il n'est pas inutile de souligner ici la grande proximité de cette argumentation avec celle développée en 1803 par le *chief justice* Marshall dans l'arrêt *Marbury v. Madison*⁸ : lui aussi fonde le contrôle de constitutionnalité sur la suprématie de la constitution, et cette suprématie sur sa rigidité⁹.

On retrouve également cette idée de suprématie constitutionnelle chez le doyen Berthélémy qui fonde plus explicitement son argumentation sur la séparation des pouvoirs (pouvoir constituant et pouvoirs constitués). Il l'énonce très clairement :

Dans les pays dont le régime politique est déterminé par une constitution écrite, œuvre d'un pouvoir constituant distinct du pouvoir législatif, la loi constitutionnelle s'impose naturellement au respect des assemblées législatives. L'organe constituant est seul, sans limitation et sans réserve, l'émanation de la volonté

¹ J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933 (2e. éd.), p. 183.

² *Ibid.*,

³ *Ibid.*, p. 186.

⁴ « La rigidité va ajouter quelque chose de plus, en communiquant à la constitution la qualité *juridique*, et non plus seulement *politique*, de loi suprême du pays ». (*ibid.*, p. 187). Les italiques sont le fait des auteurs.

⁵ *Ibid.*, p. 186.

⁶ *Ibid.*, p. 187.

⁷ *Ibid.*, p. 193. Les italiques sont le fait des auteurs.

⁸ Sur cet arrêt, voir É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1-28.

⁹ Pour l'analyse de l'argumentation et sa réfutation, voir M. TROPER, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste » in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, Léviathan, 2011.

générale. Ce qui est fait au mépris des dispositions qu'il édicte est inconstitutionnel et ne doit pas être observé ¹

L'organe constituant étant seul souverain, s'il se réserve des matières d'intervention, le législateur ordinaire – simple organe constitué – ne peut intervenir sur celles-ci.

Ainsi la souveraineté du pouvoir constituant et la rigidité de la constitution peuvent-elles fonder la suprématie du texte constitutionnel.

§ 3. Supériorité de la Constitution

L'idée de supériorité de la Constitution diffère quelque peu de celle de suprématie : la Constitution n'est plus suprême dans l'ordre juridique et donc supérieure à *toutes* les normes, mais seulement supérieure hiérarchiquement aux lois ordinaires. Toutefois, cela revient globalement au même : la Constitution étant la norme au plus haut degré de la hiérarchie, il lui suffit d'être supérieure pour être suprême. La différence réside dans les raisons de cette supériorité : il n'est pas ici question de souveraineté du pouvoir constituant. On trouve deux théorisations différentes de cette supériorité : l'une explicite chez Kelsen, l'autre implicite chez Jèze et Berthélémy².

On sait que Kelsen rejette violemment le concept de souveraineté, et ce dès 1920³, c'est donc sur un autre principe qu'il fonde sa hiérarchie des normes. De même, en raison de son identification de l'État au droit, il ne peut pas non plus se servir du concept d'État de droit⁴. Kelsen commence alors par soutenir qu'il ne faut pas distinguer entre création et application du droit : « Législation et exécution sont, non pas deux fonctions étatiques coordonnées, mais deux étapes hiérarchisées du procès de création du droit »⁵. En réalité, le processus législatif n'est pas une pure création du droit mais *à la fois* une création vis-à-vis des actes infralégislatifs, et une application vis-à-vis de la constitution (qui est elle-même une application des normes de droit international⁶). La loi n'est alors plus souveraine dans l'ordre juridique. En réalité, aucune norme n'est souveraine, et l'ordre juridique national non plus.

¹ H. BERTHÉLÉMY, « Les limites du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*, 1925, vol. 125, n°373, p. 358.

² Berthélémy semble en effet avoir d'abord soutenu une simple supériorité de la Constitution avant de défendre sa suprématie à partir de 1925.

³ Voir *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes*, Tübingen, J.C.B Mohr, 1920. Cité par C.-M. HERRERA in *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997, p. 115-118.

⁴ Sa critique du concept d'État de droit est présente dès ses écrits de jeunesse. Voir « Rechtsstaat und Staatsrecht » (1913), maintenant in H. KELSEN, A. MERKL, A. VERDROSS, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vienne, Europa Verlag, 1968. Cité par C.-M. HERRERA, *op. cit.*, p. 113.

⁵ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *Revue du droit public*, 1928, vol. 45, p. 199.

⁶ C'est du moins ce qu'il soutient, sans guère l'expliciter, dans son article de 1928.

Kelsen en vient alors à définir la justice constitutionnelle comme « un élément du système des mesures techniques qui ont pour but d'assurer l'exercice régulier des fonctions étatiques »¹. Il faut donc se demander ce que signifient respectivement « mesure technique » et « régularité ».

L'expression « mesure technique » souligne l'idée que Kelsen s'en tient à la prescription des moyens et ne se prononce pas sur les fins : si l'on veut assurer l'exercice régulier des fonctions étatiques, il faut instaurer un contrôle de la constitutionnalité des lois. Kelsen se place ainsi dans la droite ligne de la conception dominante de la science à son époque, celle de la *Wertfreiheit* wébérienne. Dans cette perspective, la science ne peut jamais se prononcer sur les fins, mais seulement sur les moyens². Par exemple, un scientifique peut formuler une prescription technique de type « si vous voulez faire bouillir de l'eau, il faut la chauffer à 100° ». Le problème est alors évidemment celui de la distinction des fins et des moyens qui est en réalité beaucoup plus problématique que Kelsen ne semble le considérer³. Le « scientifique du droit » se trouve en effet assez peu confronté à des cas de fins semblables à la volonté de faire bouillir de l'eau.

La notion de régularité est plus compliquée à saisir. Elle est souvent interprétée comme synonyme de validité, ce qui conduirait Kelsen à des inconséquences logiques relativement problématiques quant à sa conception de la science du droit⁴. Or, Kelsen semble pourtant distinguer clairement les deux notions en considérant qu'une norme juridique irrégulière n'est pas nulle, et donc invalide, mais seulement annulable : « du point de vue du droit positif, il n'y a jamais qu'annulabilité »⁵. Cela signifie qu'une norme – et dans le cas qui nous intéresse, une loi – ne peut jamais être considérée comme nulle du simple fait de son irrégularité : il faut un autre acte juridique pour la rendre nulle, un acte d'annulation. La loi irrégulière continue ainsi de produire des effets dans l'ordre juridique avant d'avoir été annulée par le juge constitutionnel.

Il faut toutefois se demander comment l'on passe de cette irrégularité à cette nullité, c'est-à-dire s'intéresser à l'action du juge qui annule la loi. Nous verrons que Kelsen la considère comme un acte de connaissance⁶. Certes, il ne s'agit pas d'un acte de connaissance de la nullité, puisqu'elle n'est constituée qu'avec la décision du juge, mais de l'irrégularité qui en ce sens, préexiste bien à l'action juridictionnelle : l'irrégularité d'une norme serait une qualité qu'elle posséderait objectivement.

¹ *Ibid.*, p. 198.

² Voir notamment M. WEBER, *Essai sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965. Et voir *infra* (part. III, chap. 2, sec. 2, § 2) pour une analyse plus détaillée des conceptions wébériennes.

³ Comme l'a montré Michel Troper, pour que la neutralité axiologique soit satisfaite, il faudrait que les fins soient clairement identifiées, que les moyens invoqués soient les seuls possibles pour parvenir aux fins, et qu'ils permettent véritablement d'y parvenir. Voir « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », art. cité, p. 178.

⁴ Voir O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 106-141. Renaud Baumert remarque que cette interprétation fait l'objet d'un « consensus quasi-complet dans la doctrine française » (*La découverte du juge constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 392).

⁵ H. KELSEN « La garantie juridictionnelle de la Constitution... » art. cité p. 217.

⁶ Voir *infra* (chap. 2).

Tout cela lui permet de dire que la Constitution n'est véritablement supérieure à la loi que si cette dernière peut être déclarée inconstitutionnelle (c'est-à-dire annulée) : « une Constitution dans laquelle les actes inconstitutionnels, et en particulier les lois inconstitutionnelles restent aussi valables [...] équivaut à peu près, du point de vue proprement juridique, à un vœu sans force obligatoire »¹. En effet, les lois irrégulières demeurent valides et ne peuvent être annulées.

Évidemment, même sans prescrire directement que la Constitution doit être supérieure à la loi, dire que sans contrôle de constitutionnalité, elle n'est plus ou moins qu'un texte (un « programme politique » dira Eisenmann) et non une véritable norme, n'est pas anodin. Notre propos n'est pas ici de réfuter l'argumentation de Kelsen², mais de voir qu'en dépit de ses précautions, son attitude revient (au-delà de la prescription partiellement masquée) à produire une description de l'ordre juridique tel qu'il devrait être.

Comme d'autres auteurs, Kelsen présente en creux une certaine idée de la normalité juridique. Car finalement, qu'est-ce que « l'exercice régulier des fonctions étatiques » sinon la situation dans laquelle l'ordre juridique fonctionne comme il doit fonctionner ? C'est-à-dire quand les normes irrégulières sont annulées. En fin de compte, un tel ordre juridique, c'est un ordre juridique dans lequel la hiérarchie des normes est assurée, dans lequel la Constitution est une norme, dans lequel il existe un contrôle de la constitutionnalité des lois.

Par ailleurs, on trouve l'idée d'une supériorité de la loi de manière plus implicite dans l'article publié par Jèze et Berthélémy en 1912³ : si des plaideurs invoquent l'un une loi ordinaire, l'autre une loi constitutionnelle, le juge « doit appliquer la loi la plus forte (...), or, la loi constitutionnelle, par définition même est plus forte que la loi ordinaire »⁴. A vrai dire, la question de savoir pourquoi une loi constitutionnelle serait par définition supérieure à une loi ordinaire n'est jamais vraiment étudiée par les auteurs qui se contentent de constater une séparation de ces deux types de lois.

Après avoir vu comment les auteurs théorisaient la hiérarchisation de l'ordre juridique, il convient maintenant de se rendre compte que cette hiérarchisation apparaît comme une propriété objective de celui-ci.

¹ H. Kelsen « La garantie juridictionnelle de la Constitution... » art. cité p. 250.

² Comme l'a montré Michel Troper, la conception kelsénienne est confrontée à un dilemme : ou bien être obligatoire, c'est être sanctionné, et la théorie est tautologique ; ou bien la Constitution est intrinsèquement obligatoire et sa sanction n'est qu'un signe qui révèle ce caractère, mais il faut alors expliquer pourquoi l'obligatorité de la Constitution est une de ses qualités propres. Voir « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité » art. cité, p. 179.

³ H. BERTHÉLÉMY et G. JÈZE, « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », *Revue du droit public*, 1912, vol. 22, p. 138-156.

⁴ *Ibid.*, p. 141.

Section 2. L'objectivation de la hiérarchie

La hiérarchie des normes fait l'objet d'une objectivation en raison d'un présupposé naturaliste (§ 1) et au moyen d'une méthode spéculative (§ 2).

§ 1. Le présupposé naturaliste

Une partie de l'argumentation des auteurs ayant pris part au débat repose sur l'idée que la hiérarchie des normes serait, non pas un concept explicatif visant à décrire le fonctionnement de l'ordre juridique¹ et qu'il conviendrait de vérifier empiriquement, mais un caractère constitutif de sa nature. Cela permet – avec la théorie de l'interprétation-connaissance² – de présenter le contrôle de constitutionnalité des lois comme n'étant pas constitutif de la hiérarchie mais reconnaissant de celle-ci³, car, en ce sens, « l'inconstitutionnalité préexiste à la sanction »⁴.

Cette idée est ainsi le corollaire de l'interprétation-connaissance : pour prétendre connaître quelque chose, il faut bien qu'il y ait quelque chose à connaître. Dans ces conditions, le fait que la constitution soit supérieure à la loi est postulée, tout comme est postulé, dans chaque théorie exposée *supra*, que l'ordre juridique soit *par nature* hiérarchisé.

Or, à travers cette idée de nature des choses, on retrouve quelque chose comme l'expression d'un platonisme sous-jacent⁵ car elle suppose une Idée de l'ordre juridique distincte de la réalité sensible des ordres juridiques. En effet, si l'on dit que le caractère hiérarchisé de l'ordre juridique a la valeur d'un postulat, c'est qu'il ne tolère pas de vérification empirique qui tendrait à déterminer s'il est vrai ou faux de dire que l'ordre juridique (au singulier) est hiérarchisé⁶, car il s'agit d'une proposition portant sur l'Idée de l'ordre juridique. Comme on le sait, chez Platon, les Idées constituent un arrière-monde⁷, distinct du monde sensible⁸. Cet arrière-monde est plus vrai que le monde sensible, ce dernier ne réalisant qu'imparfaite-

¹ Ordre juridique et système juridique seront ici employés comme synonymes.

² Voir *infra* (chap. 2).

³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la Constitution », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 745.

⁴ M. TROPER, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », art. cité, p. 150. Comme nous l'avons vu, pour Kelsen, il convient d'ajouter un peu de subtilité en disant que ce n'est pas l'inconstitutionnalité mais l'irrégularité qui préexiste à la sanction.

⁵ Cela ne veut pas dire que les auteurs français étaient réellement platoniciens, mais seulement que l'on peut relever une certaine similitude dans les modes de raisonnement. Aussi, on ne trouve évidemment pas l'Idée d'ordre juridique au nombre des Idées existant dans le corpus platonicien, il s'agit surtout d'une analogie.

⁶ Cela veut dire : les auteurs ne procèdent pas à une induction complète qui, partant de l'analyse de tous les ordres juridiques existant, permettrait de remonter au concept d'ordre juridique. (Si tant est qu'une telle démarche ait le moindre sens).

⁷ Voir sur ce point, A. FOUILLE, *La philosophie de Platon*, T. 1, Paris, Hachette, 1922.

⁸ Car « il s'agit de faire la différence. Distinguer la “chose” même et ses images, l'original et la copie, le modèle et le simulacre », G. DELEUZE, *Logique du sens*, Paris, Les Éditions de minuit, 1969, p. 292.

ment les Idées. Dans ce sens, il n'est empiriquement pas possible de vérifier l'existence des Idées, mais l'on peut voir dans quelle mesure celles-ci trouvent une réalisation dans le monde sensible.

C'est ici que joue une distinction essentielle chez Platon, celle opposant les copies aux simulacres. Si le monde sensible n'est qu'une réalisation imparfaite des Idées, la qualité de cette réalisation peut varier du tout au tout : elle est bonne s'il s'agit d'une copie (elle entretient avec l'Idée un vrai rapport de ressemblance), mauvaise si c'est un simulacre (issu d'une perversion fondamentale de l'Idée). Aussi, il s'agit pour le philosophe « de sélectionner les prétendants, en distinguant les bonnes et les mauvaises copies, ou plutôt les copies toujours bien fondées, et les simulacres, toujours abîmés dans la dissemblance »¹, car il existe une « différence de nature entre simulacre et copie [...] ». La copie est une image douée de ressemblance, le simulacre une image sans ressemblance »². Or, ce travail de sélection, de distinction des copies et des simulacres, c'est exactement ce à quoi se livrent les auteurs dans leurs références au droit comparé³. En ce sens, un ordre juridique (comme celui des États-Unis) qui a consacré le contrôle de constitutionnalité est une copie, un ordre juridique qui ne l'a pas consacré est un simulacre, c'est-à-dire une parodie d'ordre juridique⁴.

Plus encore – et c'est ce que ferait le juge qui effectue un contrôle de constitutionnalité – il ne s'agit pas de reconnaître la hiérarchie des normes dans le monde sensible (si cette hiérarchie existait déjà, le juge serait inutile), mais bien de *produire* quelque chose sur un mode de connaissance : une copie de l'Idée d'ordre juridique. En ce sens, l'activité du juge est bien présentée comme reconnaîtive, mais comme reconnaîtive de l'Idée d'ordre juridique et non de sa réalisation sensible. Il s'agit pour lui de rendre effectif ce qu'implique cette « essence »⁵.

§ 2. La méthode spéculative

La méthode est essentiellement spéculative⁶, elle conduit à formuler des énoncés contenant des vérités éternelles et immuables, car pour les idéalistes, « la réalité dernière est supposée statique »⁷. Dans ces conditions, décrire le monde de la logique juridique, c'est nécessairement décrire un monde de devoir-être permanent,

¹ *Ibid.*, p. 296.

² *Ibid.*, p. 297.

³ Voir notamment *infra* (chap. 2).

⁴ En ce sens, tout un pan du débat (le discours herméneutico-juridique) consiste à déterminer si l'ordre juridique français est une copie ou simulacre.

⁵ C'est là une idée non platonicienne mais aristotélicienne : la hiérarchie des normes existe en puissance, mais le juge doit la faire exister en acte. Cette idée est exposée par Aristote dans *La politique*. Voir M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013 (2^e éd.), p. 86.

⁶ Car, si l'on veut arriver aux Idées, la voie empirique est une impasse. Il convient en effet de « s'évader du monde des apparences sensibles [...] pour s'élever au monde des idées intelligibles ». M. VILLEY, *op. cit.*, p. 72. Les italiques sont de l'auteur.

⁷ W. JAMES, *Introduction à la philosophie*, p. 81. James préfère parler des « intellectualistes ».

car « rien n'arrive dans le monde la logique »¹. En effet, les auteurs n'apportent jamais d'éléments empiriques tendant à prouver que leur conception de la hiérarchisation de l'ordre juridique est la bonne, l'analyse est essentiellement logique et fondée sur des éléments indémontrables².

Cette méthode spéculative – ou intellectualiste, ou idéaliste – peut nous conduire à faire un autre parallèle, cette fois-ci avec la loi telle qu'elle était conçue au XVIII^e siècle (par des auteurs comme Rousseau ou Malebranche) qui présente aussi cette particularité d'être – en tant que loi naturelle – permanente et universelle. Comme l'analyse Burdeau³, elle est à la fois idéaliste, immuable et apolitique⁴. Elle est idéaliste car elle ne repose pas sur l'expérience mais sur une « construction de l'esprit »⁵, immuable car elle prétend transposer des règles universelles de droit naturel⁶.

Aussi suffit-il de transposer cette conception du fond à la forme – et donc aussi de laisser de côté la question de la représentation politique et la dimension démocratique de la loi⁷ – pour voir qu'elle est au fondement de l'idée de logique juridique. En effet, elle procède d'un même présupposé naturaliste, d'un même credo rationaliste, et d'une même méthode spéculative.

Il s'agissait ici de souligner la filiation jusnaturaliste (*lato sensu*) plus ou moins tue chez nos auteurs : tous conçoivent le droit comme un ordre juridique dotée de propriétés essentielles comme celle de la hiérarchisation des normes. En effet, c'est bien cette croyance en un ordre déjà là dans le monde⁸, d'une nature des choses qui est au fondement du jusnaturalisme classique, et « le positivisme juridique [qui] est l'enfant du nominalisme »⁹ : s'il n'y a plus d'ordre préexistant, c'est la volonté qui pourra le créer. On en arrive ainsi au contrat chez Hobbes (dont on connaît la

¹ *Ibid.*, p. 68. Burdeau repère la profession de foi intellectualiste dénoncée par James : « suivant ses propriétés purement logiques, la raison enseigne, organise ou condamne, consciemment dédaigneuse de l'observation des faits » (G. BURDEAU « *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français* », Archives de philosophie et de sociologie du droit, n°1, 1939.).

² La supraconstitutionnalité chez Hauriou et Duguit, la souveraineté chez Barthélémy et Duez.

³ Voir G. BURDEAU, art. cité, p. 12-19.

⁴ Nous reviendrons sur ce dernier caractère *infra* (part. III, chap. 1).

⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁶ « L'intérêt que le XVIII^e siècle porta aux sciences naturelles, loin d'habituer les esprits aux méthodes empiriques, semble avoir eu pour seul effet de leur faire chercher, dans le domaine moral, des principes équivalents, par leur rigueur et leur immutabilité, à ceux qu'ils observaient dans le monde physique » (*ibid.*, p. 13).

⁷ La conception révolutionnaire soutient que tous les hommes étant également doués de raison, tous peuvent et doivent participer à la formation de la loi, c'est ce qui permet de qualifier la loi d'« expression de la volonté générale ». Or, pour nos auteurs, il est évident qu'il faut être juriste – il faut être entré dans le champ – pour pouvoir découvrir les règles de la logique juridique.

⁸ Dans ce monde ci chez Aristote, dans l'Arrière-monde chez Platon.

⁹ M. VILLEY, *op. cit.*, p. 228.

filiation avec Occam), et globalement au contractualisme moderne en tant que volontarisme. Or, le positivisme juridique permet la contingence, à l'inverse du jusnaturalisme qui prétend à une validité universelle à l'instar de la logique juridique.

Aussi, s'il peut paraître un peu fort de qualifier un auteur comme Jèze (et à plus forte raison Kelsen¹) de jusnaturaliste, il s'agissait seulement de montrer qu'ils disposent de présupposés ontologiques universels et permanents sur les ordres juridiques (ou plutôt : sur l'Idée d'ordre juridique) qui ne tolèrent pas de vérification empirique.

Section 3. Certitude et doute possible

Après avoir vu quels étaient, pour le jeu de langage, la certitude constitutive (§ 1) et le doute possible (§ 2), nous nous demanderons s'il existe un discours hétérodoxe (§ 3).

§ 1. La certitude constitutive

L'idée sous-jacente à ces trois types de théories de la hiérarchie de l'ordre juridique est que cette hiérarchie existe déjà avant l'intervention du juge, qu'elle est une propriété relevant de sa nature. Nous l'avons vu, cela ne signifie pas que tous les ordres juridiques sont « empiriquement » hiérarchisés, mais que tous le sont par essence. En un sens, les juristes se seraient comportés en géomètres platoniciens : derrière les réalités immédiates et mouvantes du droit, ils auraient aperçu le monde des Idées. Cette idée relève de la certitude constitutive : elle n'est pas mise en doute.

Car douter de cela, ce serait douter de l'existence d'une logique juridique universelle. Or, ce doute ne peut évidemment être autorisé par le jeu de langage logico-juridique qui présuppose nécessairement l'existence d'un monde des Idées : la logique se doit d'être permanente, pure et absolue. Elle ne peut pas changer comme le monde sensible car « la logique est un mécanisme forgé dans un matériau infiniment dur, [elle] ne peut pas plier »².

Si l'on pouvait douter de l'existence d'une logique juridique permanente, il n'y aurait bien évidemment aucun sens à se livrer à une analyse spéculative, il faudrait au contraire effectuer une étude empirique qui tendrait à révéler des réalités concrètes mais toujours changeantes.

¹ Cette accusation n'est toutefois pas nouvelle : Hermann Heller qualifiait Kelsen de « jusnaturaliste formel » car il fonderait la validité de la norme juridique sur des abstractions logiques (voir C.-M. HERRERA, *Théorie juridique et politique...*, op. cit., p. 68-69). Mais l'accusation de crypto-jusnaturalisme la plus célèbre est celle d'Alf Ross pour qui le concept kelsenien de validité impliquerait une obligation morale d'obéir au droit. Voir A. ROSS, « Validity and the conflict between legal positivism and natural law », *Revista juridica de Buenos Aires*, IV, 1961. Voir *contra* : M. TROPER, « Ross, Kelsen et la validité » in *La Théorie du droit, le droit...* op. cit., p. 19-34.

² L. WITTGENSTEIN, *Leçon sur l'esthétique*, op. cit., II, § 27.

§ 2. Le doute possible

Finalement, la seule chose dont il est permis de douter, c'est la *manière* dont on doit considérer que l'ordre juridique est hiérarchisé. C'est ce qui explique l'existence de plusieurs théories de la hiérarchisation de l'ordre juridique, et ce qui permet, par exemple, à Berthélémy de considérer qu'en raison de la supraconstitutionnalité, « Duguit, Hauriou, Beudant, Rolland, donnent à l'exception d'inconstitutionnalité une portée excessive »¹.

Ainsi, ces théories sont concurrentes mais elles se placent à l'intérieur d'un système de certitude : la spéculation permet ce doute mais la certitude sur le jeu logico-juridique le précède car il permet la spéculation.

La question est maintenant de savoir si ce système lui-même fait l'objet d'une contestation. Est-il concurrencé ? Des auteurs remettent-ils en cause l'existence d'une hiérarchie des normes dans l'ordre juridique ?

§ 3. Existe-t-il un discours hétérodoxe ?

a. Larnaude, Lambert, Duez et Barthélémy

Il faut remarquer que même les auteurs opposés au principe du contrôle de constitutionnalité des lois ne contestent pas que la hiérarchisation relève de l'essence de l'ordre juridique. Ces auteurs se placent alors sur d'autres terrains, jouent à d'autres jeux de langage : le droit en vigueur s'oppose au contrôle (jeu herméneutico-juridique), le contrôle aurait des conséquences politiques néfastes (jeu pragmatico-juridique).

Par exemple, un auteur comme Larnaude s'y oppose ouvertement : « je dis tout de suite et sans hésiter un instant : je crois que nous devons repousser cette importation étrangère »². Or, il le reconnaît très nettement : « Lorsqu'on adopte dans un pays le système des constitutions écrites, c'est au prix d'une *inconséquence logique* qu'on ne déclare pas nulles les lois qui violent le statut fondamental »³. Il souscrit entièrement à l'analyse du juge Marshall et n'offre aucun discours hétérodoxe tendant à montrer que la constitution n'est en fait pas supérieure à la loi. Il oppose alors des arguments relevant d'une certaine idée de la culture juridique française telle qu'elle ressort de l'analyse de l'histoire : « La séparation des pouvoirs, en particulier du judiciaire d'un côté et du législatif et de l'exécutif de l'autre, ce n'est pas tant à Montesquieu que la France l'a empruntée qu'à sa propre histoire. Cette séparation des pouvoirs si particulière, c'est un produit du sol français, c'est un produit national »⁴. Dès lors, « les cerveaux façonnés au principe de la séparation des pouvoirs à la française ne pourront jamais comprendre qu'un juge puisse s'ériger en censeur du législateur »⁵, à l'inverse des États-Unis où il y a « un état

¹ H. BERTHÉLÉMY, « Les limites du pouvoir législatif », art. cité, p. 365.

² F. LARNAUDE, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays, au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, n°3, p. 222.

³ *Ibid.*, p. 209. Nous soulignons.

⁴ *Ibid.*, p. 217.

⁵ *Ibid.*, p. 219.

d'esprit qui contraste de la manière la plus absolue avec celui des peuples continentaux, et avec le nôtre en particulier »¹. Larnaude conservera cette position en 1926 intervenant à l'occasion de l'affaire Ratier².

De même, un auteur aussi fermement opposé au contrôle de constitutionnalité que Lambert ne remet pas en cause la validité logique du principe, au contraire, il y souscrit : « les tribunaux ont le devoir de s'incliner devant les commandements de la loi supérieure et de se refuser à appliquer les dispositions contraires de la loi inférieure »³. C'est pour d'autres raisons qu'il s'y oppose, nous le verrons.

La même chose se retrouve chez Joseph Barthélémy et Paul Duez : nous avons vu qu'ils théorisaient la suprématie de la constitution et la nécessité logique de la justice constitutionnelle. Toutefois, pour des raisons politiques ils refusent le contrôle de constitutionnalité, sans en contester les fondements logico-juridiques.

b. Carré de Malberg

Chez Carré de Malberg, la chose est quelque peu différente : le discours *semble* hétérodoxe. En effet, le maître alsacien ne semble pas considérer que la hiérarchisation des normes soit une qualité ontologique de tout système juridique, la hiérarchie des organes ne se retrouvant pas en droit positif français⁴. Toutefois, il présente, en creux, sa conception de ce qu'est un système juridique normal, à travers son interprétation du concept de « souveraineté nationale ».

Le juriste strasbourgeois a la particularité de ne pas directement partir des principes abstraits mais, dans la lignée de Gerber et Laband, de les inférer des textes en vigueur. C'est pour cette raison qu'il s'intéresse aux lois constitutionnelles de 1875. Son approche est essentialiste⁵ : il « recherche, dans l'ordre juridique qu'il décrit, l'incarnation des vrais principes constitutifs de l'État moderne »⁶. Aussi, il ne se limite pas à la production d'une connaissance scientifique sur le droit français mais, sous couvert de connaissance, propose et prescrit un modèle. Ainsi, par exemple, lorsqu'il analyse le concept de loi, il recherche celui correspondant à l'État moderne, c'est-à-dire, le vrai concept de loi⁷. De même, lorsqu'il étudie la question des rapports entre loi et Constitution, c'est-à-dire entre pouvoir législatif et pouvoir constituant, il est tout aussi prescriptif et cherche si l'ordre juridique français a

¹ *Ibid.*, p. 227.

² F. LARNAUDE, « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », *Revue politique et parlementaire*, 1926, vol. 126, n°375, p. 181-199.

³ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges...*, *op. cit.*, p. 6.

⁴ Il a ainsi pu reprocher à Kelsen d'avoir méconnu les particularités du droit français : « d'après les concepts et les institutions qui ont prévalu chez nous, l'ordre juridique est loin de présenter cette unité absolue par où les fondateurs de la *Stufentheorie* prétendent la caractériser », *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, Paris, Sirey, 1933, p. 153. Voir également O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997.

⁵ Ce platonisme sous-jacent le rattache finalement très nettement au reste de la doctrine française de cette époque.

⁶ E. MAULIN, *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, Léviathan, 2003, p. 271.

⁷ *Ibid.*, p. 245.

réalisé les implications logiques du principe fondamental de l'État moderne¹ : la souveraineté nationale.

Or, ce principe implique qu'aucun organe ne dispose seul du pouvoir suprême dans l'État. Les organes constituants et législatifs doivent donc être rigoureusement séparés, s'ils étaient confondus, l'organe législatif pourrait à loisir modifier la Constitution pour augmenter indéfiniment son pouvoir. Si une telle organisation n'est évidemment pas celle prévue par les lois constitutionnelles de 1875², dans sa *Contribution*, Carré de Malberg la reconnaît dans la Constitution de 1791³. La première constitution de l'histoire de France aurait ainsi réalisé le concept d'État moderne grâce à la souveraineté nationale, par opposition aux théories de l'organe développées outre-Rhin⁴. En effet, « la nation seule agissant par l'ensemble de ses organes, aucune puissance particulière, pas même l'organe constituant, n'est souveraine »⁵.

Dès lors, il apparaît que le dispositif de révision constitutionnelle prévu par les lois constitutionnelles de 1875 est contraire au principe de la souveraineté nationale : les organes législatifs et constituants ne sont pas strictement séparés, et le pouvoir constituant n'est pas suffisamment spécialisé⁶. Ainsi, Carré de Malberg refuse de reconnaître aux juges, *de lege lata*, un pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois car il considère que les chambres sont, en France, détentrices du pouvoir constituant. Toute son argumentation repose en réalité sur l'absence de distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif, donc entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués : « la constitution de 1875 n'a pas consacré une réelle séparation entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués »⁷, partant, « les chambres sont, au fond, maîtresses du pouvoir constituant lui-même »⁸.

Or, Carré de Malberg n'est pas opposé au principe de l'introduction d'un contrôle des lois en France. Il ne fait que constater la situation actuelle du droit français, et de par son argumentation, contribue à la thèse du contrôle : « Il semble que dans tout cela, la constitution française ait *méconnu* le principe initial de la souve-

¹ En ce sens, il vérifie si l'ordre juridique français est ou non une bonne copie de l'Idée.

² Si « à certains égards, il semble que la Const. De 1875 ait, en cette matière, donné à ce principe une réelle et entière satisfaction [...] ; en réalité, il s'en faut de beaucoup pour que ces prétendues limitations soient efficaces, et la vérité est que, dans l'état actuel des choses, ni la puissance constituante de l'Assemblée nationale, ni la puissance législative des chambres, ne se trouvent assujetties à des conditions restrictives qui suffisent à en faire juridiquement des puissances essentiellement limitées » (*Contribution à la théorie générale de l'État...*, *op. cit.*, T. 2, p. 600).

³ Voir annexes.

⁴ Le patriotisme de Carré de Malberg ne semble pas être étranger à cette valorisation de la Révolution française face à la science du droit allemande. Voir O. BEAUD, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française...*, *op. cit.*,

⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État...*, *op. cit.*, T. 2, p. 551.

⁶ E. MAULIN, *op. cit.*, p. 267.

⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...*, *op. cit.*, T. 2, p. 594.

⁸ *Ibid.*, p. 611.

raineté nationale, tout comme elle a *abandonné* la vraie séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués »¹. On le comprend : la situation française actuelle est *anormale*, elle constitue une anomalie par rapport au modèle « pur » qui devrait prévaloir². Or, qu'est-ce que ce modèle de l'État moderne sinon, en fin de compte, celui de la logique juridique qui doit prévaloir dans tous les ordres juridiques qui se veulent conformes au modèle de l'État moderne ?

En réalité, en employant une telle argumentation, Carré de Malberg contribue à renforcer la position des partisans du contrôle qui se fondaient sur la logique abstraite. En effet, en les utilisant, il donne du poids aux principes de séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, de la constitution et de la loi. Si le discours malbergien a l'apparence de l'hétérodoxie, il joue en réalité le jeu logico-juridique.

Ainsi, la majorité des auteurs considère-t-elle la hiérarchie des normes comme une propriété relevant de la nature des ordres juridiques. Il existerait toujours une hiérarchie des normes en puissance qui ne demande qu'à être réalisée en acte par celui dont c'est la fonction : le juge.

¹ *Ibid.*, p. 616. Nous soulignons.

² Le modèle de Carré de Malberg évolue d'ailleurs : dans la *Contribution*, il correspond à la Constitution de 1791, mais dans ses écrits ultérieurs, il considère cette constitution aurait elle-même méconnu les principes constitutifs de l'État moderne du fait de la conception révolutionnaire de la loi-expression de la volonté générale.

Chapitre 2. La fonction du juge

Concernant la fonction du juge, le présupposé central correspond à l'interprétation-connaissance (sec. préliminaire). À celui-ci, s'ajoute l'idée d'une nécessité de résoudre les conflits de normes (sec. 1). Nous verrons enfin ce qui peut et ce qui ne peut pas, dans le jeu de langage, faire l'objet d'un doute (sec. 2).

Section préliminaire. L'activité juridictionnelle comme activité cognitive

L'idée fondamentale de l'interprétation-connaissance est que le juge est en mesure de connaître la nature hiérarchisée de l'ordre juridique, et aussi de *savoir* quand une loi est contraire à la Constitution. Les professeurs de droit ont donc une tendance lourde à penser que les juges se livrent, dans leur pratique professionnelle, à une activité qui ne diffère pas de celles des professeurs (témoignant ainsi, une fois encore, d'une disposition scolastique¹).

Cette idée est présente dès l'article de Gaston Jèze publié en 1895, le refus d'appliquer une loi inconstitutionnelle par le juge ne résulterait que d'un acte de connaissance : « le juge, en le *constatant*, ne sort pas du cercle de ses attributions »². On en trouve également l'expression plus tard, sous la plume d'Henri Berthélémy en 1925 : « *vérifier* l'exactitude du reproche fait au dit texte »³. En réalité, elle a la valeur d'un postulat chez tous les auteurs.

Mais le juge n'a pas seulement la *capacité* de connaître *in abstracto* la supériorité de la constitution sur la loi, il a aussi le *devoir* de la rendre effective car la résolution des conflits de normes est une nécessité.

Section 1. La nécessaire résolution des conflits de normes

Utilisant le mode argumentatif de l'analogie (§ 1), les auteurs en viennent à construire l'évidence par le discours (§ 2).

§ 1. Les conflits de normes : la vertu analogique

L'argumentation sur les conflits de normes reposent sur trois analogies : la résolution du conflit loi/règlement, celui du conflit loi ancienne/loi nouvelle, et celui du conflit de lois en droit international privé. L'idée est bien sûr, à chaque fois, de

¹ Car « l'épistémocentrisme scolastique engendre une anthropologie totalement irréaliste (et idéaliste) : imputant à son objet ce qui appartient en fait à la manière de l'appréhender, il projette dans la pratique [...] un rapport social impensé qui n'est autre que le rapport scolastique au monde [...]. Parce qu'il ignore ce qui la définit en propre, le savant impute aux agents sa propre vision, et en particulier un intérêt de pure connaissance et de pure compréhension ». (P. BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, op. cit., p. 80). Dans le même sens, et au sujet de la théorie des contraintes juridiques, Pierre Brunet notait : « le risque est grand que les contraintes identifiées par la science du droit ne soient rien d'autre que l'ombre portée du scientifique lui-même » (P. BRUNET, « Questions sur ce que pourrait décrire une science du droit », art. cité, p. 278).

² G. JÈZE, « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », *Revue générale d'administration*, 1895, vol. 2, p. 411. Nous soulignons.

³ H. BERTHÉLÉMY, « Les limites du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*, 1925, vol. 125, p. 361. Nous soulignons.

traiter le conflit Constitution/loi comme un simple *conflit de normes*, qui ne mérite pas un traitement différent des conflits de normes déjà existant.

L'analogie entre les rapports Constitution/loi et loi/règlement est principalement le fait de Barthélémy et Duez. La rigidité constitutionnelle introduisant un rapport hiérarchique entre loi et constitution, « il va y avoir ainsi entre la loi constitutionnelle et la loi ordinaire une différence d'autorité analogue à celle existant entre la loi ordinaire et le règlement »¹. Pour Hauriou, c'est ce conflit loi/règlement qui « se rapproche le plus du conflit de loi ordinaire et de la superlégalité constitutionnelle », et qui donc « doit servir de modèle »².

La seconde analogie est le fait de Jèze et Berthélémy dans leur article de 1912. Ils énoncent clairement que le juge ayant à traiter d'un conflit entre la constitution et une loi ordinaire n'est pas placé dans une autre situation que celle d'un « conflit de lois »³. Or, « ce raisonnement, tous les tribunaux du monde entier le font *quotidiennement* en cas de conflit entre loi ancienne et une loi nouvelle »⁴.

La troisième analogie se trouve dans la suite du texte : « ce raisonnement, les juges du monde entier le font encore, et *quotidiennement*, dans les procès qui soulèvent des *problèmes de droit international privé*, lorsque, placés entre une loi générale interne et une loi qui sanctionne un traité international, ils donnent la préférence à la seconde sur la première »⁵.

§ 2. La construction discursive de l'évidence

Il nous faut d'emblée préciser que nous avons en réalité employé le terme analogie de manière impropre, malgré les apparences. Une analogie se présente ainsi : « A est à B ce que C est à D »⁶, les termes A et B sont appelés le *thème*, les termes C et D le *phore*. L'accent est ainsi mis, non sur un rapport de ressemblances mais sur une « ressemblance de rapports »⁷ : l'important n'est pas tant que A ressemble à C mais que le rapport de A à B ressemble à celui de C à D (c'est ce qui explique que l'analogie soit si souvent utilisée à des fins de vulgarisation scientifique).

Or, si l'on suit Perelman, pour pouvoir parler d'analogie, il faut que le thème et le phore appartiennent à des domaines différents⁸, ce qui n'est pas le cas dans les occurrences que nous traitons : il s'agit toujours de rapport entre normes. On serait alors davantage en présence d'un raisonnement par l'exemple⁹ : le thème et le

¹ J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 187.

² M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 268.

³ H. BERTHÉLÉMY et G. JÈZE, « Pouvoir et devoir des tribunaux... », art. cité p. 141.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008 (6^e éd.), p. 500.

⁷ P. GRENET, *Les origines de l'analogie philosophique dans les dialogues de Platon*, Paris, Boivin, 1948 p. 10. Cité par C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 501.

⁸ *Ibid.*, p. 502.

⁹ Qui demeure toutefois une forme d'analogie *lato sensu*.

phore fournissent deux cas particuliers, deux exemples, d'application d'une seule et même règle.

Évidemment, il faut bien voir que la relation entre constitution et loi n'appartient pas *naturellement* au domaine des rapports entre normes : ce sont les auteurs qui placent cette relation dans ce domaine pour lui faire prendre la valeur de l'exemple. La règle régissant les rapports entre normes (le juge doit faire primer la norme la plus élevée dans la hiérarchie, ou la norme postérieure si elles sont au même niveau) est alors supposée s'appliquer également à la relation constitution/loi¹.

En réalité, ce raisonnement repose sur le postulat que la constitution est une norme pour en arriver à la conclusion qu'elle *doit* être traitée comme une norme, qu'elle doit obéir aux règles (les règles de la logique) qui semblent régir les rapports entre normes. Ainsi, « admettre une analogie, "c'est donc souscrire à un certain choix des aspects qu'il importe de mettre en évidence dans la description du phénomène"² et supposer la similitude des rapports établis entre les éléments »³. A ce titre, dans le cas précis de la relation constitution/loi, les auteurs font bien peu de cas de la valeur symbolique et politique de la Constitution qui pourrait permettre de ne pas la traiter comme une norme tout à fait semblable aux autres (la même remarque vaut pour la loi)⁴.

On voit ici comment l'analogie (*lato sensu*) joue un rôle central dans la structuration du réel perçu comme une nouveauté : « il faut, pour pouvoir parler d'un domaine nouveau, s'en construire une représentation »⁵. En effet, la question de savoir quelle relation doit régir les rapports constitution/loi est nouvelle, or la méthode analogique permet de la traiter sur le modèle de qui est déjà connu (ou plutôt : tenu pour acquis). On perçoit alors comment, en pensant le nouveau sur le modèle de l'ancien, le discours juridique peut largement prendre en charge les questions nouvelles au moyen de l'auto-référence et du principe d'inertie⁶, conservant ainsi son autonomie par rapport à d'autres systèmes de langage.

¹ « Le raisonnement est exactement le même » (H. BERTHÉLÉMY et G. JÈZE, art. cité p. 141).

² C. PERELMAN, *Logique juridique – Nouvelles rhétoriques*, Paris, Dalloz, 1979, p. 57. Cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 364.

³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies... op. cit.*, p. 364.

⁴ Ainsi Saleilles considère-t-il que « la constitution écrite d'un pays est une loi comme une autre » (« Discussion sur la communication de M. F. Larnaude », *Bulletin mensuel de la société de législation comparée*, 1902, n°4-5, p. 242). On retrouve la même idée chez Jèze, cette fois concernant la loi : « la loi n'a pas une nature juridique différente de celle du règlement » (G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », *Revue du droit public*, 1924, vol. 41, p. 401).

⁵ J. CHARCONNET, *Analogie et logique naturelle – Une étude des traces linguistiques du raisonnement analogique à travers différents discours*, Berne, Peter Lang, 2003, p. 13.

⁶ « Le droit se conforme à l'inertie » (C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité... op. cit.*, p. 144).

Tout cela permet non seulement au langage juridique de demeurer autonome, mais aussi de construire discursivement l'évidence¹ : la réponse se trouvait là, il n'y avait qu'à s'en saisir. La situation nouvelle du conflit loi/constitution est ainsi traitée sur le mode de la normalité par Berthélémy et Jèze : « le fait que, en pratique, ce genre de conflits de lois est très rare, est exceptionnel, ne doit pas faire croire que, pour résoudre la question, il soit besoin de faire appel à des principes juridiques exceptionnels »². Par ailleurs, on a vu comment ces auteurs insistaient au moyen d'italiques sur le caractère quotidien et banal de la résolution des conflits de normes par les juges qui sont autant d'illustrations, et donc d'applications, de la règle générale selon laquelle le juge doit faire primer la norme la plus forte.

Dans cette perspective, l'argumentation comparatiste donne sa pleine mesure³ : chaque fois qu'un ordre juridique consacre l'exception d'inconstitutionnalité, il applique une *règle permanente de la logique juridique*, il en devient un *signe*. Ainsi, Duguit souligne qu'« en Norvège, le pouvoir des tribunaux de ne point appliquer une loi jugée inconstitutionnelle a été déduit logiquement du caractère reconnu à la fonction juridictionnelle, sans qu'il ait été besoin d'un texte formel qui le consacre »⁴. De même, Berthélémy, après avoir énoncé à peu près la même formule quant à la Norvège⁵, s'intéresse aux États-Unis et, citant James Bryce, considère que l'institution du contrôle de la constitutionnalité est « conforme aux principes généraux du droit »⁶. A ce titre, même les contre-exemples⁷ (lorsqu'ils sont évoqués) ne sont traités que comme des « exceptions [qui] laissent entière la règle »⁸, qui « n'empêchent point le principe d'exister »⁹.

¹ En réalité, l'autonomie du langage juridique peut être assurée sans analogie mais par une production conceptuelle auto-référentielle : les concepts peuvent être nouveaux à conditions qu'ils se réfèrent à quelque chose de déjà existant dans le langage juridique.

² H. BERTHÉLÉMY et G. JÈZE, art. cité, p. 141. Dans le même sens, M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 269 : « Ce n'est pas autre chose que de régler les conflits entre deux lois qui ne sont pas de la même espèce [...] ; la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi n'est pas d'une autre sorte que la déclaration d'illégalité d'un règlement administratif ». On voit ici comment toute la force symbolique de la loi conçue comme expression de la volonté générale disparaît lorsqu'elle est pensée comme une simple norme incluse dans une hiérarchie.

³ Comme nous l'avions esquissé *supra* (chap. 1, sec. 2).

⁴ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, op. cit., p. 100.

⁵ « Il faut souligner l'exemple de la Norvège. Là encore, le pouvoir des tribunaux d'écarter les lois inconstitutionnelles a été déduit logiquement de la fonction juridictionnelle » (Note sous *Tribunal d'Ilfov*, 2 février 1912, in *Pandectes françaises périodiques*, 1912, p. 11).

⁶ *Ibid.*,

⁷ Les cas où le juge refuse de faire primer la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire, aucun contre-exemple n'étant évoqué concernant les conflits loi/règlement ou loi ancienne/loi nouvelle.

⁸ H. BERTHÉLÉMY, note sous *Tribunal d'Ilfov*, art. cité, p. 12.

⁹ M. HAURIOU, *Précis...*, op. cit., p. 270.

Cette argumentation permet de construire le concept, particulièrement récurrent, de « fonction naturelle du juge »¹. Nous voyons alors comment, dans ce raisonnement, normalité et naturalité sont proches, la résolution par le juge du conflit loi/constitution est normalisé pour pouvoir révéler ce qui serait une nature de la fonction juridictionnelle : la résolution des conflits. Ainsi, pour Hauriou : « c'est la mission naturelle du juge ordinaire d'interpréter les lois et de régler leurs conflits, mêmes constitutionnels [...] ; il est obligé de régler les conflits de lois par cela même qu'il est obligé de juger [...] ; c'est ainsi qu'il règle les conflits de la loi nationale et de la loi étrangère, ceux de la loi ancienne et de la loi nouvelle, ceux de la loi et du règlement »². De même, pour Berthélemy et Jèze, ce pouvoir du juge est une « conséquence naturelle et logique »³.

Ainsi, si le rapport de la loi à la constitution n'est qu'un rapport de normes, cela le fait nécessairement entrer dans le champ d'action du juge. Cela veut dire aussi que le contrôle de la constitutionnalité d'une loi n'est plus seulement possible (grâce à l'interprétation-connaissance) mais nécessaire car le juge doit appliquer la norme supérieure.

Nous allons le voir, comme pour la hiérarchie des normes, ce raisonnement repose sur certains présupposés, mais qui permettent aussi le doute.

Section 2. Certitude et doutes possibles

Si un doute est un permis concernant l'organisation pratique du contrôle de constitutionnalité (§ 2), il se trouve enserré dans un système de certitude (§ 1).

§ 1. La certitude constitutive

Le jeu de langage logico-juridique interdit le doute sur le fait de traiter le rapport loi/constitution comme un rapport entre normes. Ce présupposé implique donc nécessairement de traiter la constitution comme une norme⁴ qui, *par définition*, doit être obligatoire, justifiant ainsi le contrôle.

Comme nous l'avons vu, un doute sur ce point empêcherait tout simplement de traiter la question sur un mode juridique⁵. C'est donc certainement le jeu de langage juridique lui-même, et non seulement le jeu logico-juridique, qui empêche ce doute.

Ce que le jeu de langage logico-juridique interdit, c'est le doute sur l'existence d'une logique juridique universelle. Par conséquent, il interdit de douter de l'existence d'une fonction naturelle du juge. En effet, s'il était possible de douter qu'il n'y a pas d'essence de l'activité juridictionnelle, il serait impossible de distinguer

¹ Nous retrouvons ici le présupposé naturaliste déjà observé avec la hiérarchie des normes (Voir *supra* chap. 1, sec. 2).

² M. HAURIOU, *Précis ...*, op. cit., p. 268.

³ H. BERTHÉLÉMY et G. JÈZE, art. cité, p. 140.

⁴ À cet égard, il faut remarquer à quel point Kelsen s'est demandé tout au long de sa vie comment il pouvait au mieux fonder la normativité de la constitution. Cela veut dire que, toute sa vie, il s'est demandé comment il pouvait traiter le problème *de manière juridique*.

⁵ En ce sens, un doute sur ce point s'opposerait aussi au *nomos* juridique, c'est-à-dire au « point de vue constitutif du champ » (P. BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, op. cit., p. 140).

entre juridique et politique. Plus précisément, il serait possible de considérer que l'activité du juge peut être politique, c'est-à-dire volitive et non cognitive, et il serait impossible de justifier un contrôle de constitutionnalité des lois sur un mode juridique.

Aussi, en dernier lieu, le jeu de langage interdit de ne pas considérer l'activité juridictionnelle comme une activité de connaissance. A ce stade, cet élément est présupposé mais non explicité car ses tenants ne font pas encore face à un discours hérétique¹.

§ 2. Le doute possible

Le doute permis dans le jeu de langage est celui sur l'organisation concrète du contrôle de constitutionnalité des lois par le juge. En réalité, il est tout à fait possible de douter de l'opportunité de confier le contrôle au juge ordinaire plutôt qu'à une autre instance juridictionnelle.

C'est ce qui permet à Kelsen d'argumenter en faveur d'un contrôle par voie d'action effectué par une cour centralisée face à des auteurs préférant un contrôle par voie d'exception effectué par le juge ordinaire². Son argumentation repose essentiellement sur l'idée de sécurité juridique³, qui suppose une annulation totale – qui, elle-même, suppose une cour unique⁴.

A l'inverse, la grande majorité de la doctrine française considère, à la lumière des expériences passées, qu'un contrôle centralisé serait un contrôle politique, lui préférant ainsi un contrôle diffus. Nous pouvons à cet égard citer Duguit dont la position est partagée et exprimée de la même façon par l'immense majorité de la doctrine. Il note ainsi que si les membres de l'éventuelle cour centralisée

[...] sont nommés par le gouvernement ou par le parlement, il est à craindre qu'ils n'aient aucune indépendance. S'ils sont élus par le peuple [...], cette haute juridiction deviendra un corps politique et ne présentera pas les garanties d'impartialité qu'on lui demande. Si elle se recrute par cooptation, elle deviendra vite une sorte de corps aristocratique incompatible avec la démocratie moderne. Au reste, l'expérience qui a été faite en France même d'un *sénat conservateur*, chargé d'apprécier la constitutionnalité des lois sous le consulat, le premier et le second empire, paraît suffisante pour qu'on ne tente point de rétablir un pareil système⁵.

Ainsi le contrôle de constitutionnalité des lois se trouve-t-il fondé dans le jeu de langage logico-juridique, mais ce jeu apparaît bien vite insuffisant.

¹ Ce discours hérétique apparaît avec Lambert (voir part. III, chap. II).

² Sa position est, comme on le sait, marginale et, semble-t-il, uniquement partagée par son disciple Charles Eisenmann.

³ On connaît l'importance qu'accorde Kelsen à cette idée. Il considère ainsi qu'une « grande insécurité juridique [est un] mal pire que la plus mauvaise des règles de droit » (« Préface » in C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, p. VIII, cité par R. BAUMERT, *op. cit.*, p. 386). Plus tard, il soulignera aussi le rôle que peut à cet égard jouer l'interprétation scientifique, par la découverte des significations possibles des énoncés normatifs (voir *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1962, p. 335-342).

⁴ R. BAUMERT, *op. cit.*, p. 388.

⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. 3, 1930, p. 715-716.

Chapitre 3. Les insuffisances de la logique pure

Le discours logico-juridique ne peut demeurer le seul discours existant, pour deux raisons. D'une part, son excès d'abstraction est critiqué par certains auteurs (sec. 1), d'autre part, le jeu même de la présomption préalablement posée en faveur du contrôle suppose que l'on passe au discours herméneutico-juridique (sec. 2).

Section 1. La critique de l'abstraction

Le jeu de langage logico-juridique est critiqué pour son excès d'abstraction par deux auteurs qui préfèrent découvrir le droit là où il est, c'est-à-dire dans les textes, jouant alors le jeu herméneutico-juridique. Les textes pertinents sont les lois constitutionnelles de 1875 pour Carré de Malberg (§ 1) et les décisions juridictionnelles pour Laroque (§ 2).

§ 1. Les critiques de Carré de Malberg et Laroque

Lorsqu'il considère le débat qui anime la doctrine française, Carré de Malberg considère que « tout a été dit [...] sur la question, [...], sauf peut-être le principal, qui est que cette question se trouve expressément solutionnée par la Constitution de 1875, dans le texte même où sont réglés les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant »¹. Il considère ainsi qu'il n'est guère besoin de s'interroger sur les principes logiques abstraits puisque la question est réglée à l'article 8 de la loi du 25 février 1875. Aussi, il ne manque pas de critiquer le *bien fondé* du jeu de langage logico-juridique² :

Nos modernistes ont un penchant très vif pour la méthode qui consiste à faire créer l'ordre juridique par les arrêts de justice. Ils visent à fonder un système de droit sans textes, comme d'autres sont parvenus à réaliser la télégraphie sans fil. A les entendre, il serait possible, pour les tribunaux, de capter dans l'air – du point de vue strictement juridique, on ne voit pas trop par quelles antennes – tout un ensemble de préceptes régulateurs et mêmes de préceptes constitutionnels, qui formeraient un super-droit, planant bien au-dessus des formules textuelles³.

Si Carré de Malberg considère que le jeu logico-juridique est utile en l'absence de textes, il précise toutefois qu'il est « indispensable de commencer par rechercher si les textes eux-mêmes n'ont point parlé »⁴. Et, procédant lui-même à cette recherche, il en conclut que « dans la question de la constitutionnalité des lois, nous avons un texte »⁵.

¹ R. CARRÉ DE MALBERG, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927, vol. 132, n° 394, p. 339.

² Bien que, comme nous l'avons vu, on ne puisse pas considérer sa position comme hétérodoxe : à sa manière, il joue bien le jeu logico-juridique quand il s'agit de prescrire. Il s'oppose au jeu logico-juridique quand il s'agit de décrire.

³ « La constitutionnalité des lois... », art. cité, p. 340.

⁴ *Ibid.*, p. 341.

⁵ *Ibid.*

A l'instar de Carré de Malberg, Laroque entend remettre les choses à plat : « ces discussions ne sauraient être tranchées que si l'on abandonne le domaine des abstractions pour observer les réalités concrètes »¹. Or, ces réalités concrètes, ce sont pour lui la pratique des tribunaux : « pour déterminer si une certaine institution existe dans un pays déterminé à une époque déterminée, il est vain de rechercher si elle est conforme à tel ou tel principes supérieurs ; il faut plus prosaïquement se contenter d'étudier la législation et surtout l'interprétation qu'en donne les juges »².

Laroque en vient ainsi à partiellement transformer la question de « les juges peuvent-ils actuellement en France exercer un contrôle sur la constitutionnalité des lois ? » à « les tribunaux français se reconnaissent-ils aujourd'hui un contrôle sur la validité des lois ? »³. Cette modification de la question correspond tout simplement à un changement du jeu de langage.

§ 2. L'évidence des textes

Sur ces interventions, il convient de faire deux remarques. Tout d'abord, il faut remarquer que la critique de l'abstraction constitutive du jeu de langage logico-juridique n'entraîne pas un passage au jeu pragmatico-juridique mais au jeu herméneutico-juridique. Pour ces deux auteurs, une analyse « concrète » du droit n'est pas, comme chez Lambert, une analyse de ses effets mais une analyse des textes.

En outre, il faut noter chez eux une certaine rhétorique de l'évidence et de la « simplicité ». Cette simplicité serait précisément la qualité de Carré de Malberg et Laroque qui ne se perdent pas dans l'abstraction⁴ mais restent accrochés à du « dur » : le texte. De même, pour l'évidence – et de la même façon que nous l'avions vu pour l'analogie – il s'agit de prétendre que la réponse était *déjà là*, mais cette fois *physiquement* déjà là (dans un sens, il n'y avait qu'à se baisser, ou plutôt se pencher sur les textes).

Ainsi chez Carré de Malberg et Laroque, on trouve une critique du jeu de langage logico-juridique, qui implique d'en jouer un autre, le jeu herméneutico-juridique. Mais d'autres auteurs en arrivent aux mêmes conclusions de la nécessité de jouer le jeu herméneutico-juridique, non en critiquant le jeu logico-juridique, mais en faisant jouer la présomption posée par celui-ci.

Section 2. Le jeu de la présomption

La *sortie* du jeu de langage logico-juridique se fait principalement autrement que par sa critique. En réalité, le jeu de langage technico-juridique présuppose qu'à un moment ou un autre, on sorte du jeu logico-juridique pour entrer dans le jeu herméneutico-juridique.

¹ P. LAROQUE, « Les juges français et le contrôle de la loi », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1926, vol. 43, p. 722.

² *Ibid.*

³ *ibid.*

⁴ C'est là une critique pour le moins classique : qui est abstrait *se perd* dans l'abstraction. Son expression la plus connue est sans doute l'image de Socrate dans *Les Nuées* d'Aristophane.

En effet, tous les auteurs qui jouent le jeu logico-juridique et en arrivent à la conclusion que la logique donne un droit de contrôle au juge, considère que cette conclusion ne vaut pas si les textes s'y oppose¹. On aurait ainsi affaire à une hiérarchisation des jeux de langage faite par les locuteurs eux-mêmes : quoi que l'on puisse dire en logique pure, on doit toujours s'incliner devant les textes.

Ce raisonnement se retrouve par exemple chez Kelsen sur une question qui n'est pas tout à fait la nôtre, lorsqu'il expose sa conception du rapport entre nullité et annulabilité². Pour notre question, on le trouve chez Berthélémy qui conclut son jeu logico-juridique : « nous sommes amenés par la logique même à reconnaître aux tribunaux le pouvoir de contrôler le caractère constitutionnel des lois »³. Il passe ensuite au jeu herméneutico-juridique : « j'ai réservé le cas où des textes spéciaux viendraient limiter ou écarter l'application des règles communes »⁴. Les règles communes dont il parle, ce sont bien sûr les règles de la logique juridique, qui sont communes à tous les ordres juridiques. Une fois ceci posé, il faut étudier les textes propres à chaque ordre juridique pour savoir si la présomption en faveur du contrôle de constitutionnalité s'y trouve renversée.

Berthélémy reprend ici le mode de raisonnement qu'il avait employé avec Jèze en 1912 : « le pouvoir et le devoir des tribunaux d'écarter les lois inconstitutionnelles n'ont pas besoin d'être consacrés par un texte exprès ; au contraire, il faut un texte formel pour enlever aux juges le pouvoir de vérifier la constitutionnalité des lois »⁵.

On retrouve aussi ce raisonnement chez Hauriou lorsqu'il se demande s'il existe « un empêchement légal à ce que les tribunaux inaugurent en France le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois »⁶ avant de passer à l'étude des textes. Ou encore chez Barthélémy et Duez qui estiment qu'« en dehors de toute prohibition formelle des textes, les tribunaux ont naturellement le pouvoir d'écarter, au cours d'un procès, l'application des lois inconstitutionnelles »⁷.

¹ À cet égard, il faut noter qu'une partie de la doctrine allemande fera, sous la République de Weimar, la même analyse. Ainsi, comme le dit Hugo Preuß : « le droit de contrôle du juge [*Richterliches Prüfungsrecht*] existe nécessairement là où il n'est pas exclu » (cité par E. THEISEN « *Verfassung und Richter* », *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 1925, vol. 47, p. 267 ; cité par R. BAUMERT, *op. cit.*, p. 141). Triepel, Anschütz et Kaufmann se prononcent également dans ce sens, contre Friedrich Schack et Richard Thoma.

² « Ce n'est que dans la mesure où le droit positif limite ce pouvoir d'examiner tout acte qui prétend au caractère juridique et de décider de sa régularité, en le réservant à des conditions précises à certaines instances déterminées, qu'un acte atteint d'un vice juridique quelconque peut ne pas être considéré *a priori* comme nul mais seulement comme annulable » (H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle... », art. cité, p. 214-215). Car dans cet article, Kelsen expose sa théorie de la justice constitutionnelle et ne s'intéresse pas au cas particulier de la France, il n'entend donc pas en interpréter les textes.

³ H. BERTHÉLÉMY, « Les limites du pouvoir législatif », art. cité, p. 359.

⁴ *Ibid.*, p. 360-361. Il reprendra le même raisonnement lors de son entretien avec Suarez : « l'obligation pour les juges de repousser toute conception de l'inconstitutionnalité n'existe que si un texte (constitutionnel lui-même) l'impose » (« La commission d'enquête de la chambre et le serment », *Le Temps*, 15 nov. 1925, p. 4).

⁵ « Pouvoir et devoir des tribunaux... », art. cité, p. 142.

⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 281.

⁷ J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 223.

Conclusion de la première partie

Au terme du jeu logico-juridique, le contrôle de constitutionnalité se trouve fondé, c'est-à-dire fondé *en logique pure* au moyen de deux idées : la hiérarchie des normes, et la fonction naturelle du juge. Dans ce jeu – et malgré des divergences qui font partie du domaine du doute autorisé par le jeu de langage – on trouve un consensus doctrinal : *aucun* auteur ne soutient que le contrôle de constitutionnalité est logiquement infondé. En effet, personne ne conteste l'idée que la constitution soit une norme, qu'elle soit par nature supérieure à la loi et que le juge doive nécessairement résoudre les conflits de normes.

Or, c'est parce que ce fondement reste purement logique que les auteurs ne peuvent s'y tenir : en droit, il convient de se poser la question des textes afin de vérifier¹ s'ils font ou non obstacle à la conclusion logique.

¹ Aussi, le présupposé de l'interprétation-connaissance s'applique ici aux professeurs de droit. Ou plutôt : ils s'appliquent le principe à eux-mêmes.

PARTIE II

LE JEU HERMÉNEUTICO-JURIDIQUE

Le jeu de langage herméneutico-juridique est celui dans lequel ce sont les textes qui forment l'enjeu de la lutte. Aussi, il ne s'agira plus, comme c'était le cas dans le jeu logico-juridique, de se livrer à des spéculations logiques, mais à des interprétations de textes.

Mais, nous le verrons, au-delà de la question « que dit ce texte ? », d'autres questions apparaîtront : « que *veut* dire ce texte ? » et « ce texte est-il pertinent ? Doit-on l'interpréter ? ».

Deux grandes catégories de textes sont en jeu dans le jeu herméneutico-juridique : les textes constitutionnels et législatifs (chap. 1) et les décisions de justice (chap. 2). Une analyse de l'interprétation faite par la doctrine de ces deux types de textes, et sa mise relation avec les conclusions issues du jeu logico-juridique nous permettra aussi de poser la question de la réception du discours technico-juridique (chap. 3).

Chapitre 1. Les textes constitutionnels et législatifs

Deux types de textes constitutionnels et législatifs sont ici en jeu : d'abord, les textes de l'époque révolutionnaire¹ (sec. 1), invoqués en premier lieu par Esmein contre le contrôle – et c'est contre la lecture d'Esmein que se développera l'analyse de l'essentiel de la doctrine qui, majoritairement, entend montrer que ces textes ne s'opposent en rien au contrôle de constitutionnalité². Nous le verrons, comme il s'agit de textes distants (de par leur rédaction) d'un siècle avec le débat dans lequel la doctrine est engagée, les possibilités d'interprétations seront plus variées – on pourra par exemple les lire par rapport à leur contexte de rédaction et soutenir que ce contexte a changé – et une question importante se posera : sont-ils encore valides ?

En dehors de ces textes, la doctrine s'intéresse aussi aux lois constitutionnelles de 1875 (sec. 2). Ici, il ne sera, bien sûr, plus question de mettre en doute la validité de ces textes, mais de poser la question – elle l'est par Carré de Malberg – de la distinction que fait ou que ne fait pas la Constitution de la III^{ème} République entre pouvoir législatif et constituant.

Section 1. Les textes révolutionnaires

Les auteurs se penchent sur plusieurs textes de la période révolutionnaire (il s'agit de trois articles de la loi des 16-24 août 1790, d'un article de la Constitution de 1791, et de l'article 127 du Code pénal de 1810³) et s'interrogent sur leurs significations (§ 2), mais également sur leur validité (§ 1).

§ 1. La question de la validité⁴

Historiquement, la validité de ces textes commence par être présumée, à faire partie du domaine de la certitude ; la question n'est donc pas posée. Ainsi, pour Esmein, « les principes posés par les Assemblées de la Révolution *et qui ont fixé*

¹ Nous disons « révolutionnaire », mais il faut préciser qu'il est aussi question d'un article du Code pénal de 1810. Aussi, nous aurions peut-être dû dire « période révolutionnaire et impériale » mais la formulation s'en serait trouvée alourdie.

² C'est la raison pour laquelle on ne trouvera pas d'autres textes que ceux dont parlait Esmein, alors qu'on aurait pu en envisager d'autres dans l'intervalle 1810-1875. Mais l'on peut aussi faire l'hypothèse qu'en raison de son républicanisme, c'est dans les textes de la Révolution qu'il a voulu voir les fondements du droit public français. Guillaume Sacriste note à cet égard que « Esmein était l'une des figures idéal-typiques de l'État républicain, [qui] n'étaient pas seulement des techniciens du droit : ils justifiaient aussi le pouvoir des fractions républicaines arrivées au pouvoir ». (G. SACRISTE, « Adhémar Esmein et son époque – Un légiste au service de la République », in S. PINON et P.-H. PRÉLOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Monchrestien, Lextenso 2009, p. 11). Au reste, c'est avec l'aval de Léon Bourgeois qu'Esmein est nommé à la chaire de droit constitutionnel de la Faculté de droit en Paris en 1890.

³ Voir ces textes en annexe.

⁴ Le terme « validité » est à comprendre ici dans le sens où il s'agit de savoir si les textes pourraient renfermer une norme « applicable » suivant la terminologie proposée par Michel Troper dans « Science du droit et dogmatique juridique » in *La Théorie du droit, le droit, l'État*, op. cit., p. 3-18.

notre droit public ne sauraient laisser aucun doute »¹. Cela tient certainement à l'époque à laquelle il écrit : il n'a pas besoin de démontrer la validité des textes car tout le monde la tient pour acquise : ils sont opposables au contrôle de constitutionnalité.

Cette absence de justification, tranche avec l'argumentation de Jèze qui, en 1924, soutient que « les tribunaux français estiment que la loi de 1790 est toujours en vigueur »². Nous le voyons, il *justifie* que c'est parce que les tribunaux considèrent que la loi de 1790 est valide que l'on doit la tenir pour valide.

En réalité, la question de la validité des textes invoqués n'est posée qu'ultérieurement, et par des auteurs qui entendent la contester³. C'est-à-dire en particulier par Carré de Malberg qui, dès sa *Contribution* note que « dans l'état actuel du droit constitutionnel français, les tribunaux n'ont pas à vérifier la constitutionnalité des lois [...] ; aujourd'hui, [cette interdiction] prend son fondement dans l'article 127 du Code pénal, qui reproduit littéralement sur ce point les idées et les tendances de la Révolution »⁴. Aussi, si les textes révolutionnaires ont pu interdire au juge de contrôler la constitutionnalité des lois, ils ne sont plus valides (mais cette interdiction demeure grâce au Code pénal). Plus tard, il développera la même idée en soutenant que ces textes sont « forts probants mais [...] abrogés »⁵.

La validité de ces textes est également contestée par Hauriou : il les considère comme « aujourd'hui périmés »⁶, ce qui ne l'empêchera d'ailleurs pas de prendre position sur leur signification⁷.

Il faut également noter la position de Barthélémy et Duez qui ne prennent pas vraiment parti sur la question : « les partisans du contrôle se sont appliqués à démontrer que ces textes n'étaient plus en vigueur : solution difficilement acceptable en ce qui concerne l'art. 127 du Code pénal et la loi des 16-24 août 1790 constamment visés par le Conseil d'État. Mais si ces textes sont toujours debout, il n'est pas juridiquement impossible de leur assigner une portée plus discrète, plus modérée »⁸.

¹ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1914 (6^{ème}. éd.), p. 537. Nous soulignons.

² G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », art. cité, p. 408.

³ Elle est toutefois assez peu contestée. Il faut sans doute supposer sur ce point que les juristes préférèrent argumenter sur la signification des textes que sur leur validité (ou en tout cas que cela leur est plus facile, ou naturel).

⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...*, *op. cit.*, p. 611.

⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, « La constitutionnalité des lois... », art. cité, p. 352.

⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 282. Blondel va dans le même sens : « Mais aujourd'hui, ces textes contre les arrêts de règlement sont périmés » (A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, étude critique comparative : États-Unis, France, Aix-en-Provence*, Paul Roubaud, 1927 p. 249).

⁷ Voir *infra* (§ 2). Cela ne manque pas d'étonner Jèze qui considère, que s'il faut retenir l'interprétation d'Hauriou, il est « inutile de dire que les textes sont *périmés* ». (G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1924, vol. 41, p. 407. Les italiques sont de l'auteur).

⁸ J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 224.

§ 2. La question de la signification

La question de la signification oppose très naturellement les auteurs favorables (b) aux auteurs défavorables au contrôle (a).

a. Les interprétations défavorables au contrôle

En réalité, les auteurs qui, en plus de les considérer comme valides, interprètent les textes révolutionnaires comme formulant une interdiction du contrôle de constitutionnalité des lois sont peu nombreux.

Le principal – et chronologiquement, le premier – auteur qui considère que les textes révolutionnaires font obstacle au contrôle de constitutionnalité des lois est Esmein. Il note en effet :

En Europe, [...] l'idée s'est fait recevoir que les tribunaux n'avaient aucunement le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois. [...]. Cela revient au fond à dire qu'ils ont compétence pour appliquer et interpréter les lois ordinaires ; mais qu'ils n'ont point compétence pour appliquer et interpréter la Constitution. [...]. C'est l'idée qu'a législativement proclamée l'Assemblée Constituante en 1790, inspirée surtout par le souvenir des anciens Parlements [...]. Depuis, cette doctrine a toujours persisté chez nous¹.

Larnaude considère aussi que l'opinion selon laquelle les juges auraient *de lege lata* le droit de contrôler la constitutionnalité des lois est

[...] difficilement admissible en présence de l'article 127§ 1 du Code pénal [dont] les termes sont aussi généraux que possible et excluent, non seulement l'exercice du pouvoir réglementaire et l'ancien droit d'enregistrement et de remontrances, directement visés, mais toute décision par laquelle "l'exécution d'une ou de plusieurs lois seraient arrêtée ou suspendue", ce qui serait bien le cas si les juges refusaient d'appliquer une loi sous prétexte qu'elle serait inconstitutionnelle².

Ainsi, pour Esmein et Larnaude, quoi qu'on ait pu en conclure dans le jeu logico-juridique, les textes de l'époque révolutionnaire font obstacle au contrôle en France. Mais cette lecture sera contestée, non seulement quant à la signification qu'il convient de donner aux mots, mais aussi quant au statut qu'il faudrait conférer à la règle.

b. Les interprétations favorables au contrôle : qualification et disqualification

Les auteurs favorables au contrôle auront tendance à remettre ces textes en contexte (i), afin de leur conférer une nouvelle signification (ii). D'autres s'appuient également sur la théorie de la séparation des pouvoirs (iii).

i. Contextualisation : quel statut pour la règle ?

Deux questions se posent sur le statut à conférer aux règles exprimées par les textes révolutionnaires. D'une part, il s'agit de savoir si elles sont ou non de niveau constitutionnel ; d'autre part, les auteurs se demandent s'il s'agit de règles logiques permanentes ou bien de règles de circonstances (c'est-à-dire contingentes).

¹ A. ESMEIN, *Éléments...*, op. cit., p. 593.

² F. LARNAUDE, « Étude sur les garanties judiciaires... », art. cité, p. 218. Il reprendra son argumentation en 1926, mais cette fois-ci en *réaction* aux auteurs qui ont « essayé de détruire la portée de ce texte capital » (« L'inconstitutionnalité des lois... », art. cit, p. 189).

Sur la première question, nous avons vu que Carré de Malberg considérait ces textes comme « forts probants mais qui se trouvent abrogés ou qui, en tout cas, n'ont pas le caractère constitutionnel »¹. Blondel soutient également cette idée :

Ces textes n'ont rien de constitutionnel : celui de 1790 est antérieur à la première Constitution écrite et rigide qu'ait eue la France, et il est pour le moins étrange, en 1790, de refuser aux juges le contrôle sur la constitutionnalité des lois, aucune Constitution n'existant encore ; les textes de 1791 et de l'An III ont été "déconstitutionnalisés" par les révolutions ultérieures. Ce n'est pas dans les lois ordinaires que l'on peut trouver un moyen de faire déclarer l'exception d'inconstitutionnalité irrecevable, car si une loi ordinaire pouvait forcer le juge à accepter une loi inconstitutionnelle, elle devrait être elle-même jugée inconstitutionnelle. Nous tournerions ainsi dans un cercle vicieux, puisque, pour admettre que les lois des 16-24 août et les lois subséquentes sur la même matière soient un obstacle à notre contrôle, il faut déjà reconnaître que ce contrôle est irrecevable et qu'une loi ordinaire, en l'espèce la loi des 16-24 août 1790, ne peut être rejetée comme loi inconstitutionnelle. Ainsi l'argument de texte ne porterait que si l'on admet au préalable ce que l'on veut prouver².

Ils en arrivent ainsi à soutenir que ces textes ne peuvent faire obstacle au contrôle du juge puisqu'ils ne sont pas de niveau constitutionnel.

Sur la seconde question, l'idée est que si l'interdiction du contrôle de constitutionnalité a existé, ce n'était pas l'expression d'une règle permanente de la logique juridique, mais une règle de circonstances. Dans ces conditions, si les circonstances ont changé, la règle ne trouve plus à s'appliquer. On passe ainsi de la question de la « stricte » signification de la règle à la question de son statut³.

L'essentiel de cette argumentation consiste à soutenir que cette règle ne concernait pas *le* juge (dans son essence) mais *les* juges de l'époque révolutionnaire (c'est-à-dire un *cas* de juge) et, en vérité, surtout les parlements d'Ancien régime.

Ainsi, Barthélémy et Duez considèrent que « la raison politique qui motivait l'interprétation rigoureuse de ces textes a disparu depuis longtemps et il est raisonnable d'assigner aux anciennes prohibitions révolutionnaires une portée plus discrète en limitant leur champ d'application aux arrêts de règlement et aux pratiques analogues au refus d'enregistrement des ordonnances par les parlements de l'ancien régime »⁴. Pour Barthélémy, « les motifs historiques et politiques qui ont dicté ces règles au législateur révolutionnaire sont connus. Ont-ils encore leur valeur, et les circonstances modifiées ne justifieraient-elles pas un retour aux principes plus

¹ R. CARRÉ DE MALBERG, « La constitutionnalité des lois... », art. cité, p. 352. Il a ainsi changé d'avis, par rapport à sa *Contribution*, concernant la possibilité pour l'article 127 du Code pénal de contenir une règle interdisant au juge de contrôler la constitutionnalité des lois : il n'a pas « le caractère constitutionnel ».

² A. BLONDEL, *op. cit.*, p. 250.

³ Cette question demeure toutefois bien une question de signification (peut-être *lato sensu*) : il s'agit toujours de savoir comment l'on doit *comprendre* un texte. Ou encore, pour le dire avec Austin, la question n'est plus celle de la signification locutoire du texte mais de sa signification illocutoire, non plus ce que le texte dit, mais ce que le texte *veut dire*. Voir sur ce point O. CAYLA, « Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n°7, p. 77-86.

⁴ J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité...*, *op. cit.*, p. 224.

libéraux du droit commun des nations ? [...] Nous n'hésitons pas à adhérer à cette manière de voir »¹. Jèze conclut : « voilà les raisons *politiques*, les raisons de *circonstances*, qui ont fait écarter, en France, pendant la période révolutionnaire, le contrôle juridictionnel des lois »².

On le voit, le fait que ces textes aient été adoptés en raison de motifs politiques et non juridiques suffit à les disqualifier : ils n'expriment pas de règle logiques permanentes. Car le passage de l'analyse de la signification locutoire à celle de la signification illocutoire est un passage de l'objectivité à la subjectivité, de la connaissance à la volonté : une règle logique ne peut pas être voulue mais seulement connue.

ii. Signification : quelle règle ?

Finalement, les auteurs en viennent à voir ces textes comme n'ayant même pas formulé une interdiction de la pratique de l'exception d'inconstitutionnalité : ils n'auraient fait que prohiber certaines pratiques des anciens Parlements.

Hauriou note que ces textes « visent les actes que commettaient les Parlements de l'ancien régime lorsqu'ils refusaient d'enregistrer les ordonnances royales ou bien lorsqu'ils rendaient des arrêts de règlement ; cela résulte à la fois des textes et de l'époque où ils ont été votés »³. Blondel va dans le même sens lorsqu'il s'intéresse à l'article 127 du Code pénal : « Il faut assigner sa vraie portée à cet article encore en vigueur, (...) il vise les empiétements des anciens Parlements ; il ne prohibe pas le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois »⁴. Leblanc souligne également que cet article « ne condamnait que les immixtions du judiciaire dans la politique, et non pas l'exercice de cette fonction juridictionnelle qu'est l'examen de constitutionnalité des lois »⁵.

Ainsi, un mot comme celui de « forfaiture » figurant dans l'article 127 du Code pénal se trouve compris de manière radicalement différente : il ne signifie plus que les juges ont l'interdiction de juger de la constitutionnalité d'une loi, mais seulement qu'ils ont l'interdiction de se livrer à des pratiques analogues à celles de parlements d'Ancien régime.

¹ H. BERTHÉLÉMY, « Note sous *Tribunal d'Ilfov* », art. cité, p. 12. On voit bien qu'en utilisant l'expression « droit commun des nations » que Berthélémy présuppose l'existence de principes logiques dotés d'une validité universelle et que le législateur constituant français avait la possibilité de rendre effectifs.

² G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel... », art. cité p. 405. Les italiques sont de l'auteur.

³ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 282.

⁴ A. BLONDEL, op. cit., p. 251. Il va même plus loin en considérant que « cet article enjoint implicitement d'examiner la constitutionnalité des lois, car après tout, se refuser à cet examen, n'est-ce pas arrêter ou suspendre l'exécution de la loi constitutionnelle, qui est aussi supérieure à la loi ordinaire que la loi ordinaire à un règlement administratif ? ». (*ibid.*, p. 252-253).

⁵ J. LEBLANC, op. cit., p. 30.

On voit ainsi comment la mise en contexte d'un texte permet d'en modifier le sens¹. Il ne faut en effet pas croire que les juristes ont toujours tendance à décontextualiser les textes, mais bien se rendre compte que la décontextualisation et la recontextualisation font partie du jeu de langage herméneutico-juridique.

iii. La séparation des pouvoirs comme clef de lecture

La théorie de la séparation des pouvoirs joue un rôle important dans la lecture des textes : c'est, pour certains auteurs, la compréhension de cette théorie qui déterminera leur compréhension des textes. Ces textes étaient en effet souvent compris comme l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs. Il faut alors remarquer comment Blondel parvient, non simplement à disqualifier cette clef de lecture, mais à entièrement *retourner* la théorie à son avantage².

Il commence par procéder à une contextualisation des écrits de Montesquieu : « Montesquieu passe complètement sous silence la “faculté d'empêcher” du pouvoir judiciaire à l'encontre du pouvoir législatif. Cette lacune n'est pas un oubli ; elle tient chez lui surtout à des raisons contingentes : (...) ayant encore sous les yeux les abus des anciens Parlements, [il] se défiait de la puissance de juger “si terrible parmi les hommes” », ainsi « Montesquieu put croire qu'un tel pouvoir d'examiner la constitutionnalité des lois ne devait jamais rentrer dans la fonction normale des tribunaux »³. Ainsi, à l'instar des textes révolutionnaires, la théorie de Montesquieu aurait été entachée de contingence, et cela suffit à la disqualifier.

Mais Blondel ne s'arrête pas à cette disqualification, car dans ces conditions, « Que vaut cet obstacle juridique tiré de la théorie de la Séparation des pouvoirs ? Non seulement il ne doit pas faire écarter notre contrôle, mais il doit servir à le fonder solidement, si nous l'entendons sainement »⁴, ce principe « doit être un balancier pour maintenir l'équilibre entre les pouvoirs. C'est ce qu'ont très bien compris les Américains, qui, à la suite de Montesquieu, partant du même principe, en ont fait un fondement pour le contrôle de la constitutionnalité des lois ». Car finalement, « en ne reconnaissant pas aux tribunaux le droit de se prononcer sur la constitutionnalité des lois à l'occasion d'un litige déterminé, on permettrait de violer le principe de la séparation des pouvoirs, puisqu'en maintenant en vigueur une loi inconstitutionnelle, on confondrait le pouvoir législatif et le pouvoir constituant »⁵.

Leblanc utilise la même argumentation : « Si les juges ne peuvent examiner la constitutionnalité des lois, la séparation des pouvoirs [...] sera violée. En effet le pouvoir constituant est distinct du pouvoir législatif. En effet, si le pouvoir législatif

¹ Non pas par rapport au sens donné par l'« auteur » – si tant est qu'il y ait un sens à rechercher une intention collective (puisque ces textes ont été adoptés par des assemblées), et auquel cas nous jouerions nous-mêmes le jeu herméneutico-juridique – mais au sens, *tel qu'il était compris auparavant*.

² À cet égard, il faut rappeler que les théories sont autant susceptibles d'interprétations diverses et contradictoires que les textes. Il faut en effet considérer que les unes comme les autres n'ont pas de *significations*, mais seulement des *usages*.

³ A. BLONDEL, *op. cit.*, p. 257-258.

⁴ *Ibid.*, p. 262.

⁵ *Ibid.*, p. 266.

peut, dans ses décisions, s'immiscer impunément dans les questions réservées au constituant, il y aura là une regrettable confusion des pouvoirs »¹.

Bien qu'il ait pu rejeter par ailleurs la notion de séparation des pouvoirs², Duguit ne l'utilise pas moins pour justifier le contrôle de constitutionnalité des lois en s'appuyant sur la supériorité du pouvoir constituant³ : « s'il [le pouvoir judiciaire] était obligé, par le pouvoir législatif, d'appliquer une loi inconstitutionnelle, il cesserait d'être indépendant et souverain dans son domaine et le principe de la séparation des pouvoirs, comme celui de la supériorité de la loi constitutionnelle, serait mis en échec »⁴. Aussi, lorsqu'il s'intéresse aux articles 10 de la loi des 16-24 août 1790 et 3 de la Constitution de 1791, Duguit soutient que :

En invoquant ces deux textes pour déclarer non recevable l'exception d'inconstitutionnalité, la doctrine et la jurisprudence française étaient certainement dans l'erreur. Ces textes, en effet, n'étaient qu'une application du principe de la séparation des pouvoirs, et si, comme je viens de le montrer, celui-ci impliquait pour les juges le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois et de refuser d'appliquer toute loi inconstitutionnelle, on ne pouvait pas invoquer ces articles pour prétendre que les tribunaux n'avaient point compétence à cet effet⁵.

Ainsi, pour une raison ou une autre, la majorité de la doctrine en est arrivée à soutenir que les textes révolutionnaires ne faisaient pas obstacle à l'exercice du contrôle par le juge, et pour certains, qu'ils devaient même servir à le fonder. Il faut maintenant s'intéresser à d'autres textes mis en jeu : les lois constitutionnelles de 1875.

Section 2. Les lois constitutionnelles de 1875

On trouve deux types d'interprétation des lois constitutionnelles de 1875 : pour certains, elles interdisent au juge de contrôler la constitutionnalité des lois (§ 1), pour d'autres, elles sont silencieuses sur le sujet (§ 2).

§ 1. Carré de Malberg : l'absence de distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif

L'essentiel de l'argumentation de Carré de Malberg repose sur l'analyse des lois constitutionnelles de 1875. Plus précisément, elle repose sur l'analyse de la procédure de révision, c'est-à-dire de l'alinéa premier de l'article 8 de la loi du 25 février

¹ J. LEBLANC, *op. cit.*, p. 21.

² Il la considérait comme une « erreur métaphysique ». C'est ici qu'Évelyne Pisier voyait un paradoxe – parmi d'autres (É. PISIER, art. cité).

³ « Cette solution [le contrôle de constitutionnalité des lois] doit être donnée même, je pourrais dire surtout dans les pays qui pratiquent le principe de la séparation des pouvoirs [...]. D'après cette conception, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire sont également souverains dans leurs domaines respectifs ; ils sont complètement indépendants l'un de l'autre, mais ils ont un supérieur commun, le pouvoir constituant ». (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, vol. 3, p. 719).

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, p. 720.

1875 qui « épuise [...] la question de l'inconstitutionnalité des lois »¹ et « tranche catégoriquement le débat »². L'auteur cherche en effet à déterminer si l'on peut vraiment dire que, dans l'organisation constitutionnelle française, la constitution est supérieure à la loi. Il conclura qu'en réalité, le pouvoir constituant n'est pas distinct du pouvoir législatif³.

Dès sa *Contribution*, Carré de Malberg remarque que

Dans le système de la Const. de 1875, l'accomplissement de la révision comme son entreprise, dépend en somme, essentiellement et exclusivement du Parlement lui-même. [...] ; les chambres, prises comme telles, n'ont point part à la puissance constituante : leur rôle à cet égard se borne à provoquer la révision. En réalité, cependant, elles sont pratiquement maitresses du pouvoir constituant. La raison en est que l'Assemblée nationale, par qui la révision s'opère, est formée des membres mêmes des assemblées parlementaires. [...]. En cela, la Constitution actuelle s'écarte foncièrement du système de la séparation du pouvoir constituant⁴.

Et « le Parlement est, non seulement organe suprême, mais encore, à proprement parler, organe souverain »⁵.

Car finalement, si l'alinéa premier de l'article 8 dispose que « les chambres auront le droit [...] de déclarer qu'il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles », cela fait d'elles, pour Carré de Malberg, les détentrices du pouvoir constituant, car ce sont les mêmes individus qui procéderont à cette révision. Dès lors : « D'une part le Parlement seul est appelé à juger si un projet législatif soumis à ses délibérations porte en lui une modification à la Constitution et si, par suite, il nécessite une réunion à Versailles du personnel parlementaire. D'autre part, et inversement, les tribunaux n'ont pas à s'ingérer dans l'appréciation de la constitutionnalité des lois. [...] L'interprétation de la Constitution, d'après l'article 8, n'appartient et n'incombe qu'au Parlement »⁶.

Finalement, le droit français ne permet pas *de lege lata* le contrôle de constitutionnalité des lois par le juge, c'est pour cette raison que « la réforme [...] n'est pas susceptible de s'opérer par voie d'évolution jurisprudentielle [...], il faudrait procéder par voie de révision de notre constitution »⁷.

§ 2. La défense de la distinction

La réponse directe à Carré de Malberg est le fait de Berthélémy qui, d'une part lui concède certains éléments, d'autre part maintient son cap : « seul le Parlement

¹ R. CARRÉ DE MALBERG, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927, vol. 132, n° 394, p. 352.

² *Ibid.*, p. 344.

³ Chose que, semble-t-il, personne n'avait songé à remettre en question auparavant : Esmein lui-même remarquait qu'« alors même qu'elle [la constitution de 1875] confie la révision constitutionnelle aux mêmes représentants qui composent le corps législatif, la distinction n'en subsiste pas moins ». (*Éléments...*, *op. cit.*, p. 574).

⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...*, *op. cit.*, T. 2, p. 605-606.

⁵ *Ibid.*, p. 616.

⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, « La constitutionnalité des lois... », art. cité, p. 345.

⁷ *Ibid.*, p. 346.

peut demander, dans les formes prescrites par l'article 8, la révision de la Constitution. Par quel enchaînement de déductions cela peut-il nous amener à soutenir que dès lors, tout ce que vote le Parlement est nécessairement conforme à la Constitution ? [...]. Reconnaître qu'une loi est inconstitutionnelle, est-ce demander la révision de la Constitution ? – En aucune manière ! »¹.

Berthélémy entend défendre la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif : même si cette distinction n'est que formelle (elle n'existe pour Carré de Malberg qu'en apparence), elle existe : « Les constituants ne sont-ils pas les parlementaires eux-mêmes ? – Oui sans doute ! Mais comment le maître avisé qu'est notre éminent collègue peut-il en déduire que le Parlement peut à son gré, et par une seule interprétation *dans la forme des lois ordinaires*, établir une règle en contradiction flagrante avec ce que la Constitution prescrit ? »². Il conclut que « l'article 8 de la loi de 1875 ne dépossède pas les tribunaux de leur fonction normale et traditionnelle d'interprétation des lois »³.

Sur ce point, Blondel apporte également sa pierre à l'édifice en reprenant la même argumentation⁴, et en ajoutant d'autres arguments tendant à maintenir la distinction⁵ :

Une fois l'Assemblée Nationale réunie, le vote n'est pas tout à fait le même que pour les lois ordinaires : [...] la majorité absolue ne se compte pas d'après le nombre des présents, mais d'après le nombre de sièges de sénateurs et de députés. [...] Le bureau de l'Assemblée Nationale n'est pas formé par la réunion des bureaux des deux Chambres, mais par le seul bureau du Sénat ; [...] pour les lois constitutionnelles, la promulgation n'est pas requise⁶.

En 1929, Paul Duez prendra aussi position contre Carré de Malberg : « On voit aisément l'erreur recélée dans cette proposition. On lie deux cas à bien séparer : celui où l'organe *entend modifier* les règles qui régissent sa compétence ; et celui où il exerce ses pouvoirs en application d'une compétence *qu'il n'entend pas modifier* : puisque la modification de compétence n'est pas en cause dans ce dernier cas,

¹ H. BERTHÉLÉMY, « Les lois inconstitutionnelles devant les juges », *Revue politique et parlementaire*, 1927, vol. 133, n°396, p. 185.

² *Ibid.*, p. 185-186. Les italiques sont de l'auteur.

³ *Ibid.*, p. 187.

⁴ Il soutient ainsi que la vision de Carré de Malberg est « très certainement une erreur juridique. Même à ne nous en tenir qu'à la lettre de la Constitution de 1875, il y a lieu de maintenir la distinction du pouvoir constituant et du pouvoir législatif. Sans doute, l'Assemblée nationale n'est formée que de la réunion en séance plénière des deux Chambres ; mais cette Assemblée plénière forme, dès lors, un corps distinct [...], cette assemblée est vraiment nouvelle et distincte des deux autres ». (A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois...*, op. cit., p. 231).

⁵ Cet ajout d'éléments peut être lu comme un signe du passage de la *doxa* à l'orthodoxie : la *doxa* doit se défendre contre une hérésie, quitte à en faire beaucoup (à la manière des églises de la contre-réforme).

⁶ *Ibid.*, p. 234-235.

pourquoi l'exercice de la compétence ne pourrait-il être contrôlé par un autre organe ? »¹.

On le voit, Carré de Malberg et ses contradicteurs n'ont tout simplement pas la même conception de ce qu'il faut entendre par « distinction des pouvoirs constituant et législatif ». Carré de Malberg souligne l'identité de personnel siégeant dans les différentes formations (chambres, Assemblée nationale) pour constituer une entité appelée « Parlement » qu'il fait détenteur du pouvoir constituant. Berthélémy, Duez et Blondel rejettent eux la pertinence de cette notion de « Parlement » pour s'attacher à la distinction des formations : c'est bien l'Assemblée nationale, et non le Parlement, qui est détentrice du pouvoir constituant².

Au terme de l'étude de ce premier volet du jeu herméneutico-juridique, nous le voyons : la doctrine apparaît beaucoup plus divisée que dans le jeu logico-juridique. Et pourtant, il faut bien voir qu'elle est assez unanime quant à la solution du problème : les textes n'interdisent pas le contrôle de la constitutionnalité des lois en France.

En réalité, ceux qui font l'analyse contraire sont peu nombreux (Esmein, Larnaude, Carré de Malberg), et progressivement marginalisés, mais le fait est là : les textes sont sortis du domaine de la certitude dans lequel ils étaient, ils sont lus différemment. Aussi, le domaine du doute apparaît comme bien plus étendu que dans le jeu logico-juridique où certains présupposés l'enserraient bien plus fermement : la lutte est – évidemment – toujours *réglée*, mais elle est moins « serrée », et cela tient sans doute au fait que l'interprétation et le jeu avec les textes constituent souvent, pour les juristes, l'espace de lutte préférentiel.

Nous allons maintenant voir que cette lutte se poursuit avec l'analyse de la jurisprudence et que, en raison de la position assez marginale d'Hauriou, l'espace de certitude semble d'autant plus réduit.

¹ P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France : comment il convient de poser la question », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 235. Les italiques sont de l'auteur.

² « M. Carré de Malberg nous paraît [...] méconnaître cette distinction classique et brouiller irrationnellement les catégories » (*ibid.*) Dans le même sens, Eisenmann : « Il est vrai que ce sont les mêmes hommes qui composent l'organe constituant et l'organe législatif [...]. Il est vrai encore que les décisions de l'Assemblée nationale sont prises à la majorité simple comme celles du Sénat et de la chambre des députés. Ces deux faits, à coup sûr très importants, permettent-ils cependant de conclure à l'identité de l'organe constituant et de l'organe législatif ? [...]. Cette simple "question de forme" [...] suffit à fonder, avec la distinction des deux organes, la subordination du second au premier » (C. EISENMANN, « Conseil d'État, 6 nov. 1936, *Arrighi, Coudert* », *Recueil Dalloz*, 1938, 3^e partie, p. 3).

Chapitre 2. La jurisprudence

Ici, ce sont les décisions de justice – en tant que textes – qui forment l’enjeu de la lutte. Toutefois, l’enjeu peut sembler moindre, car tous les auteurs ne considèrent pas que le droit corresponde à ce que font « effectivement » les tribunaux¹.

Toutefois, le fait de tourner la jurisprudence dans son sens – ou au moins de ne pas l’avoir contre soi – est fondamental. Cela permet en effet de produire une représentation du droit tel qu’il a été appliqué par le passé, et tel qu’il l’est effectivement à un moment donné. Or, non seulement c’est une question qui intéresse les auteurs positivistes comme Jèze – qui, à partir de 1924 considère que le droit, c’est ce que font les juges – mais aussi les observateurs qui pensent qu’il y a un sens à dire que les juges peuvent se tromper dans leur application du droit² (car pour pouvoir critiquer au nom de ce qui devrait être, il faut bien qu’ils commencent par se faire une idée de ce qui est³).

Car dans tous les cas, il s’agit de construire une image de la jurisprudence, de lui donner un sens. Cette image, elle est importante pour les professeurs de droit, pour les praticiens, mais aussi – et peut-être surtout – pour les juges eux-mêmes. Car, nous le verrons dans les développements qui suivront, dans un certain nombre de cas, le juge se demande ce qu’il a fait auparavant ; en réalité : des juges (en tant que personnes) se demandent ce que d’autres juges ont fait par le passé – et parfois au nom de la même formation de jugement. Car pour pouvoir s’interroger sur la façon dont son action présente sera reçue, le juge doit bien se demander quelle a été sa position passée sur la question, et quelle a été celle des autres juges.

En réalité, ce ne sont, bien sûr, jamais toutes les décisions qui sont mises en jeu – et donc en doute – en même temps : certaines décisions entrent en jeu quand d’autres en sortent, c’est ce qui nous permettra d’analyser diachroniquement ce volet du jeu herméneutico-juridique (sec. 2), après avoir présenté des considérations générales sur le traitement doctrinal des décisions juridictionnelles (sec. 1).

Section 1. Le traitement doctrinal des décisions juridictionnelles

Il convient préalablement de se rendre compte que le discours du juge n’est pas toujours l’ultime discours du droit : ce discours peut être lui-même saisi et interprété par le discours des professeurs. C’est dans ce sens que certains ont pu parler de la dimension englobante du discours doctrinal⁴.

¹ Par exemple, Carré de Malberg se désintéresse presque entièrement de la question.

² Pour ne donner qu’un exemple contemporain, à l’occasion de l’affaire Perruche en 2001, certains professeurs ont pu prétendre que la Cour de cassation avait mal appliqué le droit de la responsabilité civile.

³ En ce sens, Bentham parlait de la primauté logique de l’*expository jurisprudence* sur la *censorial jurisprudence*.

⁴ « La loi et la jurisprudence sont, dans une certaine mesure, ce que la doctrine prétend qu’elles sont. La doctrine est donc la source qui, en quelque sorte, enveloppe toutes les autres ». (C. JAMIN et P. JESTAZ, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 6). Dans le même sens Michel Troper et Christophe Grzegorzczuk écrivent : « *In our view, the quality of being a precedent does not arise only from the character of the decision itself, but from the collection of decisions and from their interpretation by legal dogmatics* » (« Precedent in France », in

En réalité, au-delà des possibilités d'interprétation de la signification locutoire – qui existent pour tous types de textes – et de la faculté de « choisir » ses textes (§ 2) – qui existe généralement en droit, car le fait est que si l'on étudie un texte, ce n'est pas pour lui-même, mais pour répondre à une *question* – l'analyse des décisions de justice offre des possibilités nouvelles, car une décision de justice, c'est à la fois un texte et un processus (§ 1)

§ 1. La décision comme texte et comme processus

La décision juridictionnelle a la particularité de présenter une double nature. D'un côté, elle est un processus : c'est le *fait* de prendre la décision, ce qui inclut évidemment le raisonnement du décisionnaire. Mais, sitôt ce moment passé, la décision n'est plus autre chose qu'un texte qui pourra être (ce n'est pas une nécessité), comme tout texte, l'objet d'interprétations diverses et possiblement contradictoires. La décision devient un texte *disponible*, pourvu d'une « existence rémanente dans le champ d'une mémoire ou dans la matérialité des manuscrits, [...] offert à la répétition, à la transformation, à la réactivation »¹. C'est sans doute la dimension proprement ésotérique du jeu herméneutico-juridique concernant les décisions juridictionnelles : ces textes « ne doivent leur survie qu'au conflit des spécialistes »².

Or, du fait même que la décision est à la fois un processus et un texte, il est possible de concevoir un écart entre ce qui a été fait et ce qui a été écrit. Cette idée est présente chez tous les auteurs qui, lorsqu'ils se livrent à l'exercice appelé « note de jurisprudence », produisent une motivation qui se présente comme complémentaire³ (et qui peut aussi être alternative⁴). Pour le juriste qui produit une motivation complémentaire, le texte est une représentation incomplète (ou insincère) du processus, et celui-ci prétend être capable de *connaître* le raisonnement du juge en le *reproduisant*⁵.

N. MACCORMICK et R. SUMMERS (dir.), *Interpreting Precedents*, Dartmouth, Ashgate, 1997, p. 123).

¹ M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, op. cit., p. 43.

² P. BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, op. cit., p. 307-308.

³ Nous appelons « complémentaire » une motivation qui entend exprimer ce que le juge n'a pas dit de son action.

⁴ Nous appelons « alternative » une motivation qui est *proposée* par un professeur de droit comme ayant été préférable à celle effectivement produite par le juge. Cette perspective, selon laquelle la doctrine se doit de proposer des arguments en faveur de la meilleure solution juridiquement possible, semble d'ailleurs être aujourd'hui la thèse dominante en théorie du droit (en tant que méta-discours normatif). Voir A. NUÑEZ VAQUERO, « Dogmatica jurídica », in *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, n°6, marzo-agosto 2014, p. 245-260.

⁵ Cette démarche n'a évidemment aucun sens dans une démarche empiriste comme celle de Jerome Frank qui formalise ainsi le processus décisionnel : « $D = PxS$ », où D représente la décision, P la personnalité du juge, et S les stimuli qu'il reçoit. (Voir J. FRANK, *Courts on Trial. Myth and reality in American justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949, cité par É. MILLARD in « La hiérarchie des normes. Une critique sur un fondement empiriste », *Revus*, 21/2013, p. 168). En effet, le juriste n'a pas la même personnalité que le juge et ne reçoit pas les mêmes stimuli. Mais à la rigueur, la question de savoir si cette activité de reproduction a du sens ne nous intéresse pas.

Et l'on voit ici tout ce que le jeu de langage permet : au-delà même des possibilités d'interprétation sémantique qu'offre le texte, il est possible de jouer sur cette complétude ou incomplétude de la représentation, cette sincérité ou insincérité de l'acteur.

§ 2. Le choix des décisions

Lorsqu'il s'intéresse à la jurisprudence pour traiter d'une question particulière, le juriste ne dispose pas *a priori* des décisions qui seraient intrinsèquement pertinentes. Ces décisions sont toujours, dans un sens, choisies parmi le nombre – fini mais élevé – de décisions disponibles. Mais il ne faudrait pas croire que puisque l'on parle de « choix », il s'agisse *toujours et uniquement* d'une activité individuelle, rationnelle, et ni même consciente¹.

En réalité, une sélection préalable est déjà faite par le champ doctrinal lui-même². Certaines décisions sont mises en avant et chacun est, presque naturellement, amené à prendre position sur celles-ci. Dans notre débat, c'est tout particulièrement le cas de l'arrêt *Paulin* rendu par la Cour de cassation en 1833 : tous les auteurs l'interprètent (à l'exception d'Hauriou³). Ce processus interprétatif commence avec Jèze en 1895 – c'est d'ailleurs la seule décision à laquelle il s'intéresse, alors qu'il aurait potentiellement pu en réactiver de nombreuses autres – et se poursuit jusqu'à la fin du débat.

Parallèlement, le dogmaticien n'est pas entièrement déterminé dans le choix des décisions qu'il commente, il peut toujours être créatif, se livrer à une recherche archéologique et aller déterrer des textes oubliés. Mais ce travail aura alors pour effet de *placer dans le jeu* des textes qui n'y étaient pas, et donc, de déterminer partiellement le choix des décisions des auteurs à venir. C'est par exemple l'effet que semble avoir eu la thèse de Leblanc : après qu'il a exhumé une dizaine de décisions pour conclure en faveur du contrôle de constitutionnalité, Laroque s'est trouvé conduit à prendre position sur ces textes pour en donner une interprétation opposée. De la même façon, un auteur qui considère qu'une décision mise dans le jeu interprétatif n'est pas pertinente ne pourra pas simplement l'ignorer, mais devra *explicitement* nier cette pertinence.

Par ailleurs, au moyen des notes de jurisprudence, certaines décisions sont presque immédiatement mises en lumière par des auteurs habilités à en donner un sens « actuel »⁴. Cela signifie que les analyses postérieures seront possibles et pourront transformer ce sens actuel mais devront se situer par rapport à ce sens donné au moment de la prise de décision.

¹ Il ne s'agit pas de construire l'image d'un professeur de droit-Hercule comme le juge de Dworkin.

² En plus de la sélection préalable issue de la publication au recueil Lebon, et celle faite par les revues juridiques. Sur la question de la publication, voir notamment É. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1985.

³ Ce qui veut certainement dire que, du fait de sa stature dans le champ doctrinal, il se pensait habilité à ne pas en parler mais à commencer, *par choix*, son analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation en 1851.

⁴ Nous pensons bien sûr aux notes d'arrêt d'Hauriou et Jèze.

Au terme de cette introduction à l'étude du traitement doctrinal des décisions juridictionnelles, nous nous trouvons face à deux directions. La première tendrait à distinguer entre les énoncés portant sur l'action réelle du juge et ceux portant sur son argumentation. La seconde nous conduirait à une étude diachronique¹ de l'entrée en jeu des textes.

Ces deux clefs de lecture étant intéressantes, il convient sans doute de ne pas choisir, et d'inclure la première dans la seconde, puisque la distinction du texte et du processus est un procédé interprétatif inclus dans le développement historique du champ doctrinal.

Section 2. Analyse diachronique de l'entrée en jeu des décisions

Il conviendra ici d'étudier le développement historique de la question de la jurisprudence dans le débat. La question est d'abord celle du sens de l'arrêt *Paulin*, lorsque les auteurs veulent y voir le sens de toute la jurisprudence des tribunaux français (§ 1), puis vient l'idée que l'on doit considérer la séparation des ordres de juridiction (§ 2) pour ne voir dans l'arrêt *Paulin* que la jurisprudence des tribunaux judiciaires (§ 3), et étudier l'action du Conseil d'État (§ 4) et du Tribunal des conflits (§ 5). Enfin, nous étudierons les deux enquêtes archéologiques menées par Leblanc et Laroque, ainsi que leurs conséquences (§ 6).

§ 1. L'arrêt *Paulin*², premier temps : l'image globale de la jurisprudence

L'arrêt *Paulin* est, nous l'avons dit, la première décision mise en jeu et donc aussi la plus commentée. En réalité, pendant longtemps, les auteurs n'ont pas seulement voulu voir dans cette décision la position de la Cour de cassation (ou des juridictions judiciaires en général) mais bien celle de l'ensemble des tribunaux français.

Ainsi, dès 1895, Jèze s'y intéresse pour y voir la consécration de son idée selon laquelle « les tribunaux peuvent contrôler la forme extérieure de la loi, ils n'ont pas le droit d'en examiner le fond »³. Dans cette affaire, Paulin, gérant du journal *Le National*⁴, était accusé d'avoir mal rendu compte des séances de la Cour d'assises jugeant deux individus accusés d'un attentat contre Louis-Philippe. On comptait au nombre de ses moyens de pourvoi en cassation l'inconstitutionnalité de la loi du 25 mai 1822 (en vertu de laquelle on le poursuivait) : selon lui, celle-ci aurait été abrogée par l'article 69 de la Charte de 1830⁵. Pour Jèze, la Cour s'est ralliée aux

¹ D'après la terminologie développée par Saussure, une analyse diachronique est une analyse de l'évolution temporelle d'un langage. Par opposition, on parle d'analyse synchronique pour étudier une langue à un moment donné.

² Voir annexes.

³ G. JÈZE, « Notions sur le contrôle... », art. cité, p. 413. C'est, nous l'avons dit, la seule décision qu'il étudie dans son article, et qu'il présente comme « les solutions de la jurisprudence » (*ibid.*, p. 412).

⁴ Certains auteurs parlent ainsi, non de « l'affaire Paulin », mais de « l'affaire du journal *Le National* ».

⁵ « Il sera pourvu successivement, par des lois séparées et dans le délai le plus court possible, aux objets qui suivent : 1° l'application du jury aux délits de la presse et aux délits politiques... ».

conclusions de l'avocat général Voysin de Gartempe selon lesquelles « il n'y a pas de lois inconstitutionnelles »¹, puisque toute loi votée selon les formes constitutionnelles (constitutionnalité extrinsèque) doit être appliquée par les tribunaux quel que soit son contenu (constitutionnalité intrinsèque).

En 1902, Larnaude note que l'avocat général « s'était surtout appuyé [...] sur la théorie de la séparation des pouvoirs », et ne reprend pas la distinction entre constitutionnalité intrinsèque et extrinsèque introduite par Jèze. Il conclut que la Cour de cassation mettait « en mauvaise posture la prétendue supériorité de la charte sur les lois ordinaires ».

En 1912, Jèze et Berthélémy procèdent à une contextualisation de la décision : « sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, les chartes de 1814 et de 1830 n'étaient point des lois constitutionnelles rigides, distinctes des lois ordinaires ; par suite, le Parlement avait compétence pour les modifier comme les autres lois. Il ne pouvait donc y avoir de lois inconstitutionnelles »². Cette contextualisation³ leur permet de nier la pertinence de l'arrêt et d'affirmer que « la jurisprudence, en France, n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question », mais que « depuis la mise en vigueur des lois constitutionnelles de 1875 [...], la question pourrait se présenter »⁴.

Dans une note de bas de page de sa *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Carré de Malberg considère que « dans l'état actuel du droit constitutionnel français, les tribunaux n'ont pas à vérifier la constitutionnalité des lois [...], la jurisprudence a été fixée dans le même sens par un arrêt célèbre de la Cour de cassation du 11 mai 1833 »⁵.

§ 2. La séparation des ordres de juridiction

L'idée que l'arrêt *Paulin* pourrait ne refléter qu'une partie de la jurisprudence française en la matière, qu'il ne serait pertinent que pour les tribunaux judiciaires, apparaît semble-t-il avec Hauriou et ses notes d'arrêts du Conseil d'État. Il introduit en réalité l'idée que la jurisprudence administrative pourrait différer de la jurisprudence judiciaire, que – contrairement à ce que pensaient les auteurs antérieurs – la jurisprudence des tribunaux français n'a pas été *fixée* en 1833.

C'est ici que s'inaugure une lutte interprétative ayant pour enjeu la jurisprudence du Conseil d'État. Dans ce sens, l'arrêt *Paulin* reste important, mais il peut bien davantage être relativisé et contextualisé puisqu'il n'est plus le seul lieu où l'on doit chercher le sens de l'action des tribunaux.

¹ Cité par Jèze in *ibid.*, p. 413.

² H. BERTHÉLÉMY et G. JÈZE, « Pouvoir et devoir des tribunaux... », art. cité, p. 148.

³ Il n'est pas ici question du contexte politique, mais bien constitutionnel.

⁴ *Ibid.*,

⁵ *op. cit.*, p. 610, note 11. On voit bien le peu d'intérêt qu'accorde Carré de Malberg à l'étude de la jurisprudence : il ne traite de la question qu'à titre subsidiaire, dans une note de bas de page.

§ 3. L'arrêt *Paulin*, second temps : l'image partielle de la jurisprudence

Le second temps du traitement doctrinal de l'arrêt *Paulin* est celui dans lequel il ne parle plus pour les tribunaux français en général, mais uniquement pour la Cour de cassation. Ainsi, Leblanc le voit comme un « arrêt fameux, sur lequel on prétend faire reposer la jurisprudence de la Cour de Cassation en cette matière »¹. Il se livre ensuite à deux procédés interprétatifs.

En premier lieu, il fournit une motivation complémentaire. Il remarque ainsi

[...] l'hésitation avec laquelle la Cour de Cassation admet que les tribunaux ne peuvent examiner la conformité, au fond, de la loi à la constitution : et cette hésitation se traduit par ce fait que la Cour de Cassation, avant d'affirmer le principe, se livre elle-même à cet examen. Elle commence en effet par démontrer que l'article 69 de la Charte, tel qu'il a été écrit, ne peut avoir eu pour effet, combiné avec l'article 70, de faire tomber l'article 16 de la loi du 25 mars 1822 : la loi de 1830 pouvait donc, sans devenir contraire à la Charte, laisser subsister cet article qu'elle n'a pas abrogé².

Leblanc considère donc qu'il est en mesure de révéler, comme le fera Hauriou pour le Conseil d'État, ce qu'a fait la Cour derrière ce qu'elle a dit. En réalité, elle se serait ainsi tacitement livrée à un contrôle de constitutionnalité des lois.

En second lieu, il procède à une contextualisation de la décision, ou plutôt de la motivation fournie par la Cour qui

[...] reconnaît [...] aux tribunaux le pouvoir d'examiner la constitutionnalité dans un cas, mais dans un seul : au sujet de la validité des lois quant à la forme. Que vaut cette reconnaissance limitée ? Nous croyons qu'elle s'explique logiquement sous l'empire de la Charte de 1830 [...]. Cette Charte n'avait point songé à établir d'organe spécial pour sa modification éventuelle : celle-ci devait donc être confiée à ceux qui l'avaient faite, c'est-à-dire aux deux Chambres et au roi. Or, c'était également les deux Chambres approuvées par le roi, qui formaient le pouvoir législatif : le pouvoir législatif et le constituant étaient alors confondus, aucune loi ne pouvait être inconstitutionnelle³.

Il conclut : « nous ne croyons pas que l'on puisse dire (...) que la jurisprudence de la Cour de Cassation est fixée depuis 1833 dans un sens contraire à l'examen de la conformité des lois à la constitution : cet arrêt n'a été tel que parce qu'il fut rendu sous l'empire de la charte de 1830 »⁴.

On voit tout l'intérêt de la contextualisation : il s'agit de montrer que l'arrêt *Paulin* ne révèle rien d'autre la position des tribunaux judiciaires sous la Monarchie de Juillet.

Berthélémy effectue en 1925 une analyse similaire, il reprend les deux temps de l'analyse de Leblanc : « d'abord, [...] si la Cour était bien déterminée en ce sens [du refus du contrôle], on ne voit pas pourquoi elle se donnerait la peine de justifier la non-abrogation de la loi de 1922 et de concilier avec la Constitution la loi du 8

¹ J. LEBLANC, *op. cit.*, p. 93.

² *Ibid.*, p. 97.

³ *Ibid.*, p. 98.

⁴ *Ibid.*

octobre 1830 ; ensuite [...] sous Louis-Philippe le pouvoir constitué n'est pas différent du pouvoir constituant »¹.

Laroque propose lui une interprétation opposée : « N'y a-t-il pas là exercice du contrôle de constitutionnalité ? – Il ne le semble pas : la Cour de cassation en effet se borne à examiner si cette loi a été abrogée par la charte, tout comme elle aurait pu l'être par une loi ordinaire [...]. L'arrêt *Paulin* n'exerce aucun contrôle de constitutionnalité »². Il offre ainsi une interprétation contradictoire, non du texte, mais du processus. Par ailleurs, s'il ne s'oppose pas directement à la contextualisation, il en viendra tout de même, nous le verrons, à considérer que l'arrêt *Paulin* révèle la position de la Cour de cassation en la matière.

§ 4. L'action du Conseil d'État

L'action du Conseil d'État fait l'objet de deux lectures contradictoires : pour Hauriou, il pratique effectivement le contrôle de la constitutionnalité des lois (a), pour d'autres, ce n'est pas le cas (b).

a. La lecture d'Hauriou : des juges qui contrôlent³

Pour les arrêts *Winkell* et *Rosier* du 7 août 1909, Hauriou produit ce que nous avons appelé une motivation complémentaire. Il part du constat d'une sous-motivation de l'arrêt : « l'explication de la décision prise paraît peu satisfaisante, [...] elle ne paraît pas juridiquement expliquée »⁴, pour soutenir ensuite que « les motifs allégués [...] sont insuffisants si l'on n'admet pas que le Conseil d'État s'est érigé en juge de la constitutionnalité de l'article 63 de la loi du 22 avril 1905 »⁵. Cette loi, il l'interprète⁶ comme prescrivant la communication préalable de leur dossier aux fonctionnaires que le gouvernement entend révoquer ; or, si le Conseil d'État a validé cette révocation, c'est bien que, d'une façon ou d'une autre, il a trouvé un moyen de ne pas appliquer la loi. Hauriou ne considère pas que les arguments du Conseil d'État – selon lesquels, en se mettant en grève, les fonctionnaires (à titre individuel ou collectif) se mettent *hors la loi*, et perdent leur qualité de fonctionnaire de sorte que l'on ne peut plus leur appliquer la loi de 1905 – soient fondés, du moins fondés *juridiquement* : « toutes ces considérations sont justes pratiquement, mais le juriste n'est satisfait que lorsqu'il a trouvé une raison juridique actuellement valable »⁷. Il conclut alors qu'« il faut supposer que la loi de 1905 a pu être frappée d'inefficacité par le Conseil d'État dans le cas spécial des révocations de

¹ H. BERTHÉLÉMY, « Les limites du pouvoir... », art. cité, p. 367.

² P. LAROQUE, art. cité, p. 726.

³ Nous devons préciser que Duguit déclare souscrire aux analyses d'Hauriou. Il le dit clairement dans son entretien avec G. Suarez : « sur ce point, je suis absolument d'accord avec MM. Hauriou et Berthélémy » (*Le Temps*, 19 nov. 1925, p. 3). Aussi, il ne se démarque pas dans son interprétation des décisions de justice.

⁴ M. HAURIOU, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, Paris, Sirey, 1929, p. 167.

⁵ *Ibid.*

⁶ Et voilà une interprétation que personne ne remet en question (mais qui pourra toujours l'être).

⁷ *Ibid.*, p. 173.

fonctionnaires pour fait de grève, parce que son application à ce cas eût été inconstitutionnelle »¹. Or, en tant que théoricien de la supraconstitutionnalité², Hauriou peut soutenir qu'il ne s'agit pas « d'une contradiction entre la loi et les règles positives de la constitution écrite, [...] [mais] plutôt d'une contradiction entre la loi et les conditions nécessaires d'existence de l'État [...] [qui] exigent d'une part, que les services publics indispensables à la vie de la nation ne soient pas interrompus, et d'autre part, que les fonctionnaires soient en paix avec le gouvernement »³. Il termine en prophétisant que ces arrêts « seront invoqués comme un précédent en faveur de l'inconstitutionnalité des lois »⁴.

Avec l'arrêt Tichit du 1^{er} mars 1912, Hauriou note que, par rapport aux arrêts *Winkell* et *Rosier*, « la décision reste identique mais les considérants sont différents, (...) [le Conseil d'État] fait porter son argumentation uniquement sur l'interprétation de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 »⁵. Toutefois, cela ne l'empêche pas, considérant sa thèse de la supraconstitutionnalité, de voir cette décision comme ne lui étant « pas défavorable »⁶.

Concernant l'arrêt *Heyriès* du 28 juin 1918, qui traite encore une fois de la communication du dossier aux fonctionnaires, Hauriou considère que « ne pouvant plus s'abriter derrière une législation de guerre, ayant, au contraire, à justifier le gouvernement d'avoir suspendu par décret l'application d'une loi ordinaire, le Conseil d'État s'est vu obligé de recourir à l'interprétation d'un texte constitutionnel pour en déduire la légalité du droit de suspension »⁷. Dans cette affaire, le gouvernement avait été amené à suspendre par décret l'application de l'article 65 de la loi de 1905 pendant la durée de la guerre. Pour valider cette suspension, le Conseil d'État a eu recours à ce que l'on appelle aujourd'hui la « théorie des circonstances exceptionnelles », qu'Hauriou interprète comme l'application des textes constitutionnels⁸ : la constitution donne pour fonction au Président de la République d'assurer l'exécution des lois ; or, il peut faire un choix dans l'application de ces lois pour assurer la survie de l'État, et donc en suspendre certaines. Hauriou en conclut que « ce décret était légal puisqu'il était constitutionnel, il était contraire à la loi du 22 avril 1905, mais il était conforme à l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25

¹ *Ibid.*, p. 174.

² Voir *supra* (part. I, chap. 1).

³ *Ibid.*,

⁴ (*ibid.*). Se livrant ainsi à un exercice de « pré-vision politique [qui] est, par soi, une prédiction qui vise à faire advenir ce qu'elle énonce ; [...] [contribuant] pratiquement à la réalité de ce qu'elle annonce par le fait de l'énoncer, de le pré-voir et de le faire pré-voir, de le rendre concevable et surtout croyable et de créer ainsi la représentation et la volonté collective qui peuvent contribuer à le produire ». (P. BOURDIEU, *Langage et pouvoir symbolique*, *op. cit.*, p. 188).

⁵ *Ibid.*, p. 175.

⁶ *Ibid.*, p. 176.

⁷ M. HAURIOU, *Notes...*, *op. cit.*, T. 1., p. 79. A ce titre, Hauriou cite ainsi le premier considérant de l'arrêt : « Considérant que, par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'Administration française, et chargé d'assurer l'exécution des lois... ».

⁸ Il n'est en effet plus question ici de supraconstitutionnalité.

février 1875 ». Cet arrêt constituerait ainsi « le premier essai avoué d’une interprétation hardiment constructive de la loi constitutionnelle, à la mode américaine »¹.

Leblanc souscrit globalement à l’analyse d’Hauriou : « chargé de surveiller et assurer l’exécution des lois, le Président de la République est à la tête de l’Administration, c’est lui qui doit veiller, constitutionnellement à la bonne marche des services publics : cette bonne marche des services est donc réclamée par la Constitution [...]. Ainsi, le Conseil d’État n’hésitait pas à déroger à une loi pour appliquer la Constitution, supérieure à toute loi »².

b. Les contradicteurs : des juges qui ne contrôlent pas

Au sujet des arrêts *Winkell* et *Rosier*, Jèze est d’un avis tout à fait différent de celui d’Hauriou (et ce, dès 1909³). Il se livre à une reconstruction en isolant trois thèses qu’il considère s’être opposées dans ces arrêts. La première était celle soutenue par le commissaire du Gouvernement Tardieu, la deuxième celle du Ministre des Travaux publics, la troisième enfin, celle du Conseil d’État, selon laquelle « en se mettant en grève, les fonctionnaires restent au service public, mais ils commettent une faute disciplinaire ; ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l’application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l’exercice des droits résultant, pour chacun d’eux, du contrat de droit public qui les lie à l’administration »⁴. C’est-à-dire qu’il relève les mêmes arguments que Hauriou, et emploie même à peu près la même formule : « Toutes ces considérations sont puissantes. Mais il reste le point de vue de la technique juridique – et tout bon juriste doit s’en préoccuper »⁵. Partant, il considère avec Hauriou que le Conseil d’État avait en tête la continuité des services publics et la Raison d’État, mais c’est pour aussitôt préciser qu’elle « n’est pas un argument de droit »⁶. Ainsi, Jèze livre une interprétation très proche de celle d’Hauriou, mais elle diffère sur un point essentiel : Jèze étant positiviste, il se refuse à qualifier l’action du juge de contrôle de constitutionnalité. Au contraire, il critique cette action et propose ce qu’il trouve être une motivation mieux fondée juridiquement, c’est-à-dire une motivation alternative⁷. En 1924, Jèze s’en prendra directement à l’interprétation d’Hauriou : « il faut avoir beaucoup d’imagination pour avoir découvert dans l’arrêt *Winkell* tout ce que le prof. Hauriou y a trouvé »⁸.

Son avis est partagé par Leblanc, pour qui « ce n’est pas cette thèse de l’inconstitutionnalité que le Conseil d’État adopta. Le 6 août 1910, elle [sic] rejetait une

¹ *Ibid.*, p. 84.

² J. LEBLANC, *op. cit.*, p. 84-86.

³ G. JÈZE, « Conséquences d’une grève de fonctionnaires sur leur condition juridique – Conseil d’État, 7 août 1909, *Winkel*, *Rosier*, 2 arrêts », *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l’étranger*, 1909, p. 494-505.

⁴ *Ibid.*, p. 498-499.

⁵ *Ibid.*, p. 502.

⁶ *Ibid.*

⁷ Il s’agit d’une interprétation de la signification illocutoire de la loi de 1905 : « Il n’est pas déraisonnable de soutenir que l’article 65 de la loi de 1905 n’a pas été écrit pour l’hypothèse de grève » (*ibid.*).

⁸ G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », art. cité, p. 409-410.

requête identique à celle du sieur *Winkell*, dans les mêmes termes. [...] Deux autres arrêts au contraire, toujours à la même date, cassaient les arrêtés de révocation concernant deux fonctionnaires dont l'un n'avait jamais été gréviste et dont l'autre avait réintégré le service après un jour de grève : ces deux agents avaient donc le droit de se voir appliquer l'article 3 de la loi de 1905 »¹.

De même, Joseph-Barthélémy et Duez considèrent que ces arrêts sont « étrangers à notre matière : la simple lecture de leur texte montre que le Conseil d'État a simplement *interprété* l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 sans aller jusqu'au contrôle de constitutionnalité »². Duez précisera en 1929 que dans ces arrêts, « le juge se reconnaît le pouvoir d'interpréter la loi constitutionnelle, mais rien de plus »³.

Concernant les arrêts *Winkell*, *Rosier* et *Tichit*, Laroque donne une interprétation très différente de celle d'Hauriou. En effet, il se refuse à rechercher ce qu'aurait fait le juge *derrière* ce qu'il a dit, il s'en tient à son argumentation :

[...] à la vérité, les arrêts *Winkell* et *Tichit* signifient tout simplement que la coalition et la grève des fonctionnaires suspendent [...] les garanties légales de leur statut, parce qu'elles rompent le contrat de droit public qui les lie à l'État et leur font ainsi perdre leur qualité de fonctionnaires. Jamais le Conseil d'État n'a prétendu dans ces espèces refuser d'appliquer la loi de 1905 pour cause d'inconstitutionnalité⁴.

Concernant les arrêts *Heyriès* et *Syndicat patronal de la boulangerie de Paris*⁵, Laroque note qu'« au premier abord, on pourrait voir dans ces arrêts la consécration de la théorie de M. Hauriou », mais « en réalité, il y a dans ces décisions non un contrôle de constitutionnalité des lois, mais une véritable construction : le Conseil d'État ne déclare pas que telle loi est contraire à un principe supérieur, il se borne à affirmer qu'en vertu des pouvoirs qu'il tient de la constitution, le Président de la République peut et doit ordonner les mesures nécessaires pour exécuter la loi au mieux de l'intérêt général »⁶. Ainsi, le juge serait allé tellement loin que l'on ne pourrait plus parler de contrôle de constitutionnalité mais de construction : on quitte la connaissance pour la volonté.

§ 5. Le cas de l'arrêt *Pelletier*

L'arrêt *Pelletier* est rendu par le Tribunal des conflits le 30 juillet 1873 et ne commence à faire l'objet d'un questionnement quant au problème de la constitutionnalité que dans les années 1920. Par ailleurs, il n'est invoqué qu'à titre subsidiaire, alors qu'on aurait pu penser que les auteurs y verraient la position commune du Conseil d'État et de la Cour de cassation.

¹ J. LEBLANC, *op. cit.*, p. 81-82.

² J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 223. Les italiques sont des auteurs.

³ P. DUEZ, art. cité, p. 241.

⁴ P. LAROQUE, « Les juges français et le contrôle de la loi », art. cité, p. 734.

⁵ Conseil d'État, 14 mai 1920. Hauriou l'avait cité comme ayant un sens identique à *Heyriès*.

⁶ P. LAROQUE, art. cité, p. 735.

C'est Hauriou qui met en jeu cette décision dans la première édition de son *Précis de droit constitutionnel*¹ mais il ne fait en réalité que reprendre – et introduire dans le champ doctrinal – une interprétation faite, cinq ans plus tôt, par Léon Blum, alors commissaire du gouvernement, dans l'affaire *Lemonnier*².

Dans cette affaire, un propriétaire de journal exerçait une action en responsabilité personnelle devant le tribunal de Senlis contre un général qui, au cours de la guerre de 1870, avait fait saisir le premier numéro du journal en vertu de la loi sur l'état de siège du 9 août 1849. Or, un décret du 19 septembre 1870 avait supprimé la garantie administrative résultant de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII³. C'est le préfet qui, tout en reconnaissant la compétence des tribunaux judiciaires pour juger de la demande du requérant, soutint que les tribunaux administratifs étaient seuls compétents pour juger de la légalité de l'acte ; il éleva le conflit⁴. Le Tribunal des conflits « décida que le décret du 19 septembre 1870 avait bien pu abroger la formalité de l'autorisation préalable aux poursuites, exigée par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII qui, d'ailleurs, n'avait plus actuellement de valeur constitutionnelle, mais qu'il n'avait pas pu abroger le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs »⁵. Hauriou peut en conclure que « le décret du 19 septembre 1870 (...) était frappé d'inefficacité en tant qu'il eût tendu à déroger au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire »⁶.

Jèze répond à Hauriou en 1924 et considère que « c'est pure imagination que de considérer qu'à chaque fois qu'un tribunal interprète un texte de loi et essaie de le combiner avec un principe de droit constitutionnel, il contrôle la constitutionnalité intrinsèque de la loi »⁷. En 1925, Leblanc soutient également que « cette thèse de l'inconstitutionnalité du décret de 1870 n'est pas celle sur laquelle s'est appuyé le Tribunal des conflits pour rendre son arrêt »⁸. Il propose alors une autre interprétation de l'arrêt⁹ – par ailleurs bien plus fouillée que celle de Jèze qui se montre

¹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923. (1^{ère} éd.).

² Blum déclarait : « Le Tribunal des conflits a joué, somme toute, dans ce débat classique, un rôle analogue à celui de la Cour suprême des États-Unis. Il n'a laissé subsister du décret de 1870 que ce qui n'était pas contraire à un principe de droit public considéré comme d'ordre supérieur, le principe de la séparation des pouvoirs ». (« Conseil d'État, 26 juillet 1918, *Lemonnier* », Recueil Lebon 1918, p. 766 et sq.).

³ « Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ».

⁴ Nous faisons ici un résumé des faits tels qu'ils sont présentés par Hauriou.

⁵ M. HAURIOU, *Précis...*, *op. cit.*, 1^{re} éd., p. 319. Les italiques sont de l'auteur.

⁶ *Ibid.*

⁷ G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois... », art. cité, p. 409.

⁸ J. LEBLANC, *op. cit.*, p. 72.

⁹ Selon lui, le Tribunal « s'est appuyé sur ce fait qu'il existait, avant le décret de 1870, deux sortes de limites à l'égard de la compétence des tribunaux judiciaires ; l'une interdisait à ces tribunaux, en vertu de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII et de quelques autres textes, de poursuivre les agents du gouvernement sans autorisation préalable. L'autre, bien plus générale, leur interdisait de connaître des actes administratifs, de quelques espèces qu'ils soient, en vertu de l'article 13 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du

assez lapidaire sur ce point. Enfin, en 1926, Laroque s'oppose également à l'interprétation d'Hauriou : « il est (...) impossible d'y voir l'exercice d'un contrôle sur la constitutionnalité des lois »¹.

Aussi, au terme de la lutte interprétative, Hauriou se trouve marginalisé : il est seul à soutenir que, dans l'arrêt *Pelletier*, le juge s'est livré à un contrôle de constitutionnalité.

§ 6. Leblanc et Laroque : deux enquêtes archéologiques

Leblanc est l'auteur de la première enquête historique sur la jurisprudence française en matière de contrôle de constitutionnalité (a). Plus tard, Laroque lui répond (b).

a. L'enquête de Leblanc

i. Jurisprudence judiciaire

En 1924, Leblanc entreprend, dans une thèse de doctorat, de répondre à la question du droit au contrôle du juge. Toute une partie de son étude consiste en une analyse de la jurisprudence censée porter sur la question. Or, il ne se contente pas de traiter des décisions déjà présentes dans le jeu doctrinal², mais en « découvre » d'autres, il les met en jeu. Nous traiterons donc ici des décisions qu'il *apporte* au débat.

Il commence ainsi par réactiver un arrêt du Tribunal de cassation daté du 18 fructidor an V (4 septembre 1797). Dans cet arrêt, « le tribunal de Cassation affirme qu'il est impossible pour les tribunaux de connaître la constitutionnalité des lois ; et il étaye son affirmation sur les textes qui défendent aux corps judiciaires “d'arrêter ou de suspendre l'exécution des lois” : à cette époque, donc, la cour de Cassation interprétait ces textes d'une manière autre que celle par laquelle nous les avons expliqués nous-mêmes. Mais cela se comprend aisément si l'on tient compte des circonstances »³. Ainsi, Leblanc ne réactive cette décision que pour mieux la replacer dans le contexte de la Révolution française marqué par la défiance envers le juge.

Il poursuit son œuvre de contextualisation des décisions en se penchant sur un arrêt du 1^{er} floréal an X (21 avril 1802) dans lequel « à propos d'un acte gouvernemental inconstitutionnel, le tribunal de Cassation affirmait qu'il ne pouvait examiner la constitutionnalité, non seulement des actes de l'exécutif, mais aussi des lois », car « la Constitution de l'an VIII organisait un tribunal spécial pour faire cet examen »⁴.

Il met en jeu un arrêt *Villette* rendu par la Cour de cassation le 3 janvier 1834, et qui viendrait au soutien de son analyse de l'arrêt *Paulin*⁵ : « on ne comprend pas pourquoi, si les lois votées régulièrement s'imposent aux tribunaux, la Cour de

16 fructidor an III. Or, ce qu'a fait tomber le décret de 1870, c'est uniquement la prescription édictée par l'article 75 de la constitution de l'an VIII » (*ibid.*, p. 72-73).

¹ P. LAROQUE, art. cité, p. 732.

² Voir *supra*.

³ J. LEBLANC, *op. cit.*, p. 90-91.

⁴ *Ibid.*, p. 92.

⁵ Voir *supra*.

Cassation s'obstinait à faire ce qu'elle n'avait pas le droit de faire et à examiner les lois qu'on lui soumettait, eu égard à la Constitution »¹.

Il réactive en outre trois arrêts tendant à démontrer que la jurisprudence de la Cour de cassation n'était pas fixée par l'arrêt *Paulin*. Il s'agit en premier lieu d'un arrêt *Doyne et Lemaire* de 1838. Dans cette affaire, la Cour d'appel d'Orléans avait cassé un arrêt du tribunal de Montargis et déclaré que l'article 291 du Code pénal était inconstitutionnel en l'espèce (il ne pouvait s'appliquer aux réunions de culte). La Cour de cassation rejeta le pourvoi mais, d'après Leblanc (tirant les conclusions de l'interprétation classique de l'arrêt *Paulin*), « ne devait-elle pas déclarer, conformément à sa jurisprudence de 1833 et 1834, que la révision du Code pénal et la loi de 1834 ayant été faite conformément aux lois constitutionnelles, il n'appartenait pas à un tribunal d'examiner la conformité de ces dispositions à la Constitution ? »². Finalement, « la Cour de cassation jugea mauvaises les considérations émises par la Cour d'Orléans, non pas parce qu'elle avait outrepassé ses pouvoirs, mais bien parce qu'elle avait mal interprété les textes constitutionnels »³. Ainsi, « 5 ans après avoir reconnu la non possibilité pour les tribunaux d'examiner la constitutionnalité des lois [...] la Cour de cassation changeait sa jurisprudence, reconnaissait implicitement aux tribunaux le droit de faire cet examen » et elle « se livrait de son côté à une interprétation de la Charte : dès 1838, sous l'empire de la Charte constitutionnelle de 1830 qui confondait les pouvoirs législatif et constituant, la Cour de Cassation avait reconnu le droit des tribunaux de s'assurer de la conformité à la Constitution des lois qu'il avait à appliquer »⁴.

Le second texte réactivé par Leblanc est l'arrêt *Gauthier* de 1851, dans lequel « la Cour de Cassation n'hésita pas à examiner cette question d'inconstitutionnalité. Elle rejeta le pourvoi de Gauthier parce qu'après mûr examen, elle jugea conforme à la Constitution [art. 4] l'article 8 de la loi de 1849 »⁵. Le dernier texte est un arrêt *Alliot* datant de 1863, donc du Second Empire. Et cette fois-ci, si Leblanc contextualise la décision, c'est pour mieux décontextualiser la règle. En effet, ce régime avait instauré un organe spécial pour contrôler la constitutionnalité des lois, dès lors « les tribunaux judiciaires auraient dû revenir à la jurisprudence qui avait motivé l'arrêt de la Cour de Cassation du 1^{er} floréal an X. Il n'en fût rien [...] nous en avons la certitude, par un arrêt qui nous renseigne incidemment à ce sujet ». Incidemment car « la demande du plaignant ne porte pas sur ce point, et que c'est simplement pour appuyer son arrêt que la Cour émet sur ce point un avis qu'elle aurait pu se dispenser de donner : c'est donc qu'elle considère son opinion sur ce point comme absolument hors de toute contestation »⁶. La Cour aurait ainsi, par un *obiter dictum*, souscrit à la règle logique donnant au juge un droit au contrôle. Pour Leblanc, « la Cour de Cassation est convaincue, non seulement de la possibilité, mais du devoir qu'ont les tribunaux d'examiner la constitutionnalité des lois »⁷.

¹ *Ibid.*, p. 99.

² *Ibid.*, p. 100.

³ *Ibid.*, p. 101.

⁴ *Ibid.*, p. 102.

⁵ *Ibid.*, p. 103.

⁶ *Ibid.*, p. 105-106.

⁷ *Ibid.*, p. 107

Il s'attaque ensuite à un arrêt *Nonaux* de 1903 pour en fournir une interprétation opposée à celle qu'en avait donné Jèze par une note de jurisprudence en 1904¹. Pour Jèze, cet arrêt ne faisait que répéter l'arrêt *Paulin*, autorisant le contrôle de la constitutionnalité extrinsèque, refusant celui de la constitutionnalité intrinsèque. Pour Leblanc, sur la question de la constitutionnalité intrinsèque, si « la Cour de cassation n'a pas opposé à cette argumentation une fin de non-recevoir tirée de l'impossibilité pour les tribunaux d'examiner la constitutionnalité des lois », c'est que « dans cet arrêt encore (...), il faut voir l'opinion de la Cour de cassation, une nouvelle fois émise, que le pouvoir judiciaire peut examiner la conformité de la loi à la constitution »².

ii. Jurisprudence administrative

Concernant la jurisprudence du Conseil d'État, Leblanc ne réactive qu'un seul arrêt. En effet, l'essentiel du travail interprétatif avait déjà été fait dans son sens par Hauriou³. Il s'attache toutefois à exhumer un arrêt *Delarue* du 23 mai 1901 dans lequel « le principe affirmé est net : peu importe la constitution, que le Conseil d'État n'a pas à examiner ; du moment que la loi est formelle, on n'a qu'à s'incliner, fût-elle en contradiction avec la constitution », mais c'est pour soutenir que la jurisprudence du Conseil a ensuite évolué : « à partir de 1909, on peut noter une série d'arrêtés qui devaient aboutir finalement à consacrer une solution inverse de celle admise dans l'arrêt *Delarue* »⁴.

b. La contre-enquête de Laroque

En 1926, Laroque lui répond en prenant de même position, non seulement sur les décisions « classiques » mais aussi sur celles mises « en jeu » par Leblanc. Son article constitue ainsi surtout une réponse à Leblanc, il ne « découvre » en effet que deux décisions non traitées.

i. Jurisprudence judiciaire

La première des deux décisions mises dans le jeu par Laroque est un arrêt *Guillaume* en date du 11 fructidor an V (28 août 1797) et rendu par la chambre criminelle du Tribunal de cassation. Dans cet arrêt, la chambre « se fonde sur l'article 203 de la constitution de l'an III pour refuser au juge dans un attendu lapidaire le droit de se livrer à une quelconque appréciation de la loi »⁵. Il passe ensuite à l'arrêt, exhumé par Leblanc, du 18 fructidor an V, pour y voir « le seul dans toute notre histoire qui discute véritablement du problème »⁶, et en fournir une interprétation semblable à celle de Leblanc. Il procède de la même façon pour la décision du 1^{er} floréal an X.

¹ G. JÈZE, « Jurisprudence judiciaire », *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, 1904, p. 111-116.

² J. LEBLANC, *op. cit.*, p. 114.

³ Voir *supra*.

⁴ *Ibid.*, p. 78.

⁵ P. LAROQUE, art. cité, p. 723.

⁶ *Ibid.*

Il exhume par ailleurs un arrêt *Veuve Tardy* du 3 janvier 1826, pour y découvrir que, malgré le silence de la Charte de 1814 sur la question de la révision (qui aurait pu permettre de la considérer comme une loi constitutionnelle rigide), la Cour semble « persister dans la jurisprudence antérieure »¹. Comme nous l'avons vu, il traite aussi de l'arrêt *Paulin*, et refuse d'y voir un contrôle de constitutionnalité.

Il passe ensuite à l'étude des trois textes activés par Leblanc : les arrêts *Doyne et Lemaire* de 1838, *Gauthier* de 1861, et *Alliot* de 1863. Pour le premier, alors que Leblanc voyait la Cour s'y livrer à un contrôle de constitutionnalité tacite, Laroque affirme que « la Cour d'appel et la Cour de cassation se contentent ici de rechercher si les articles 291 et suivants du Code pénal n'ont pas été abrogés par la Charte. Il n'y a pas là trace d'un contrôle de la loi, il n'y a que la solution d'un conflit entre deux textes législatifs »². Concernant, l'arrêt *Gauthier*, il reconnaît que la Cour a « véritablement apprécié la validité d'une loi », qu'elle a « [abandonné] son attitude de 1833 »³. Toutefois, selon lui, si la Cour s'est bien livrée à ce contrôle, elle n'a pas pour autant voulu modifier sa jurisprudence : « ce changement brusque de jurisprudence ne reçoit aucune explication dans les motifs de l'arrêt. On peut donc se demander si la Cour s'est rendu compte de ce revirement et s'il ne faut pas considérer ces décisions comme des accidents sans lendemain »⁴. Enfin, dans l'arrêt *Alliot*, si la Cour a bien déclaré (et c'est Laroque qui la cite) : « Attendu d'ailleurs que le principe de l'article 2 du Code Napoléon n'est point, dans l'état actuel de la législation, une règle constitutionnelle dont la violation doit faire annuler de plein droit la loi ou le règlement auquel le vice de rétroactivité pourrait être reproché... », cela ne signifie pas pour autant qu'elle se reconnaisse un droit au contrôle, car « on ne se rend pas compte de ce que l'exercice d'un tel contrôle aurait de véritablement absurde à une époque où la Constitution elle-même charge un organe spécial de cette fonction ». Finalement, la Cour reconnaît bien un droit au contrôle, non pour elle-même, mais pour le Sénat conservateur : « la loi inconstitutionnelle doit être annulée, mais par qui ? Par le Sénat évidemment, seul compétent pour jouer alors un pareil rôle »⁵.

Enfin, pour des raisons temporelles⁶, il est en mesure, contrairement à Leblanc, d'invoquer la décision rendue par le tribunal de la Seine à l'occasion de l'affaire *Ratier* : « les juges, sans rechercher si cette loi [la loi Rochette] était ou non conforme aux règles de 1875 ou à un principe supérieur, se sont bornés à affirmer qu'il ne saurait entrer dans les attributions du pouvoir judiciaire de contrôler la constitutionnalité des lois qu'il doit appliquer. Il est vraisemblable que la Cour d'appel et la Cour de cassation se rallieront à cette thèse »⁷.

¹ *Ibid.*, p. 725.

² *Ibid.*, p. 728.

³ *Ibid.*, p. 728-729.

⁴ *Ibid.*, p. 729.

⁵ *Ibid.*, p. 730.

⁶ La thèse de Leblanc est publiée avant que la décision ne soit rendue.

⁷ *Ibid.*, p. 736.

ii. Jurisprudence administrative

Nous avons vu que Leblanc exhumait un arrêt *Delarue*, rendu par le Conseil d'État en 1901. C'était alors pour marquer un contraste entre la position du Conseil dans cet arrêt, et sa position dans les arrêts *Winkell*, *Tichit* et *Heyriès*. Or, cet arrêt étant maintenant dans le jeu, Laroque peut le reprendre à son compte et affirmer que la jurisprudence du Conseil d'État en la matière « doit être cherchée dans l'arrêt *Delarue* de 1901 »¹. Ainsi, après avoir contesté l'interprétation de la jurisprudence postérieure², il peut en venir à isoler un lieu (en fait, un texte) où l'on pourrait découvrir la position du Conseil d'État, et considérer que sa jurisprudence a été fixée en 1901.

c. Les conséquences

Les conséquences de la mise en jeu d'un tel nombre d'arrêts par Leblanc et Laroque consistent dans le fait que les autres auteurs doivent aussi prendre position sur ces derniers. C'est notamment le cas de Barthélémy et Duez qui considèrent que l'arrêt *Doyne et Lemaire* « tranche simplement un conflit de loi dans le temps, en recherchant si un texte général postérieur a pu abroger un texte particulier antérieur ; l'élément [de] supériorité hiérarchique de la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire demeurerait étranger au débat »³, que dans l'arrêt *Alliot* « ce n'est pas l'inconstitutionnalité d'une loi, mais l'illégalité d'un décret qui est en jeu ; sans doute un considérant de l'arrêt vise « une annulation de plein droit » de la loi ou du règlement inconstitutionnel, mais les termes employés marquent une tacite référence au système du contrôle par le Sénat conservateur »⁴.

A l'inverse, Barthélémy – par ailleurs directeur de thèse de Leblanc – peut se servir des décisions exhumées par ce dernier pour soutenir que les juges français ont déjà pratiqué un tel contrôle. Aussi, outre sa contextualisation de l'arrêt *Paulin*⁵, il soutient que dans l'arrêt *Doyne et Lemaire* de 1838 « la Cour ne répond pas qu'elle n'est pas compétente pour juger la valeur de l'exception. Elle l'examine au contraire et la déclare non fondée »⁶, de même qu'en 1851⁷, et en 1863⁸.

Ainsi, on peut observer qu'en raison de la position marginale d'Hauriou, et de la possibilité de produire des motivations complémentaires, la lutte interprétative sur les décisions de justice est encore moins « serrée » que celle sur les textes législatifs et constitutionnels. Toutefois, si l'idée selon laquelle les juges se seraient déjà livrés à un contrôle de la constitutionnalité de certaines lois semble (pour la

¹ *Ibid.*, p. 735.

² Voir *supra*.

³ J. BARTHÉLÉMY et P. DUEZ, *op. cit.*, p. 223.

⁴ *Ibid.*

⁵ Voir *supra*.

⁶ H. BARTHÉLÉMY, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *Séance et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu de séance*, ..., p. 62.

⁷ Arrêts *Gautier et Gents et consorts* : « Que fait la Cour ? Se retranche-t-elle derrière son incompétence ? Nullement ! Elle dit que l'exception, recevable en droit, n'est pas fondée », in « Les limites du pouvoir législatif » (art. cité, p. 368).

⁸ La Cour persévère dans sa jurisprudence et la confirme. Tel est le sens de l'arrêt *Alliot* » (*ibid.*).

plupart des auteurs) assez fantaisiste, il est assez admis qu'en tout cas, ils n'ont jamais clairement rejeté cette possibilité d'exercer le contrôle.

Par ailleurs, de plus en plus de textes sont invoqués par les auteurs au fur et à mesure du débat. Cela s'explique par le fait que, dans le jeu herméneutique (dans son volet ésotérique), la pratique « archéologique » est valorisée : il convient d'appuyer sa position avec le plus de décisions de justice possible, car ici, le nombre participe du sens qu'il convient de donner à la jurisprudence. Dès lors, du fait de cette pratique archéologique, les autres acteurs du champ doctrinal qui entendent réfuter une position appuyée sur un nombre important de décisions doivent se saisir de ces textes pour en donner un sens différent (pour les disqualifier, ou les tourner dans leur sens).

Finalement, ce volet du discours herméneutico-juridique permet de produire et de diffuser une *représentation* de la pratique jurisprudentielle, participant ainsi de la constitution d'un savoir juridique¹, c'est-à-dire influant sur la façon dont les acteurs sociaux se représentent le droit tel qu'il est (ou du moins, tel qu'il est appliqué).

Ainsi, au terme du jeu herméneutico-juridique, pour la doctrine majoritaire, les textes ne semblent pas faire obstacle au droit au contrôle du juge. Dans le même sens, nous avons vu que l'ensemble de la doctrine concluait à la nécessité de ce contrôle au terme du jeu logico-juridique. Ces deux jeux forment ainsi le jeu, et aussi le discours, technico-juridique qui a alors permis de conclure à la nécessité abstraite et à la possibilité « concrète » du contrôle en France.

Il convient maintenant de voir comment ce discours doctrinal a été reçu.

¹ Nous employons ici le mot « savoir » dans un sens qui n'a pas de rapport avec la notion de vérité mais plutôt avec celle de représentation.

Conclusion de la deuxième partie

Le jeu herméneutico-juridique permet à un certain nombre d'auteurs d'écarter les textes qui auraient pu prohiber le contrôle de constitutionnalité des lois en France. Au moyen de plusieurs procédés interprétatifs, les auteurs parviennent, soit à tourner les textes dans leur sens (c'est le cas de ceux qui voient le juge se livrer au contrôle dans plusieurs arrêts), soit à les disqualifier. Car finalement, les textes étant indéterminés – doublement indéterminés, à la fois au sens locutoire et au sens illocutoire – les écarter devient aisé¹.

Parallèlement, lorsqu'elle joue le jeu de langage herméneutico-juridique, la doctrine évolue dans un espace de dissensus. En effet, si dans le jeu logico-juridique, les auteurs s'accordaient sur un certain nombre de points (ou plutôt : ne les remettaient pas en question), ce n'est pas le cas dans le jeu herméneutico-juridique. Ainsi, si l'on peut voir une position majoritaire se dégager, on n'en arrive pas à une situation de consensus semblable à celle présente dans le jeu logico-juridique. Dans ce sens, le jeu herméneutico-juridique n'a pas produit de vérité, et peut-être ne le pouvait-il pas : non seulement les textes présents dans le jeu peuvent toujours être interprétés différemment, mais de nouveaux textes peuvent être mis dans le jeu.

Au terme des jeux logico- et herméneutico-juridiques, le discours technico-juridique est constitué. On pourra alors l'analyser en le concevant comme un acte de langage² : il s'agira de se poser la question de l'efficacité du discours. Il faudra donc se demander s'il a réussi, en ayant posé préalablement ce que pourrait être cette réussite.

Concernant le discours logico-juridique, il faut distinguer l'argument de la hiérarchie des normes et celui de la fonction du juge.

Concernant la hiérarchie des normes, il faut se demander ce que pourrait être la réussite ou l'échec de cet acte de langage. Nous considérerons qu'un acte de langage consistant à formuler une proposition sur une propriété objective du système juridique – c'est-à-dire sur sa nature – réussit lorsqu'il *fait* cette nature. Aussi, l'on peut considérer que l'acte de langage a réussi s'il a produit une *représentation* de l'ordre juridique comme hiérarchisé (cette représentation doit bien sûr être repérée dans des discours), dans la mesure où les représentations sont constitutives de la réalité (ce qui peut légitimement être contesté concernant le monde physique, mais bien plus difficilement pour le droit qui appartient au monde social³).

Cette question pourrait d'abord être posée en considérant que le « lieu » d'émission des énoncés sur l'essence de l'ordre juridique est *un* professeur de droit singulier. Et l'on devrait rapidement se rendre compte que sur ce point, l'acte de langage serait réussi car l'affirmation selon laquelle l'ordre juridique est hiérarchisé n'est jamais remise en cause par les professeurs de droit ; au contraire, cette repré-

¹ Pour un auteur opposé au contrôle de constitutionnalité, il semble en tout cas beaucoup plus aisé d'interpréter les textes dans son sens que de jouer le jeu de langage logico-juridique pour soutenir que, logiquement, le contrôle n'a pas à se faire.

² Voir *supra* (Introduction générale).

³ Comme l'a notamment montré John Searle dans *La construction de la réalité sociale*, Paris, NRF, Essais, Gallimard, 1998.

sensation est partagée. Le problème évident avec ce type d'analyse est qu'elle supposerait de repérer quelque chose comme une « énonciation originelle » du caractère hiérarchisé de l'ordre juridique, ce qui impliquerait une démarche archéologique extrêmement délicate et, sans doute, vaine.

Il faut alors déplacer le lieu d'énonciation du professeur de droit singulier à « la » doctrine qui semble sur ce point tenir un discours homogène. Il faut donc voir si le discours doctrinal est reçu ailleurs que dans l'espace doctrinal. Nous considérerons ainsi deux espaces : l'espace médiatique, et l'espace juridictionnel (la réception effective du discours doctrinal dans l'espace juridictionnel correspond sûrement à l'image que l'on se fait habituellement de la réussite d'un tel acte de langage, mais elle est sans doute réductrice).

Concernant la presse – et par là, l'opinion publique – il faut évidemment s'interroger sur la série d'interviews de professeurs de droit réalisée par Georges Suarez à l'occasion de l'affaire Ratier, et parue dans le journal *Le Temps* en novembre et décembre 1925. Cette série est présentée par le journal comme une « consultation de nos principaux juristes » qui apparaissent tous unanimes sur la question : dans ce cadre, la doctrine parle d'une seule voix et peut ainsi produire des énoncés sur l'essence de l'ordre juridique, en donner une image pour le grand public.

Concernant l'espace juridictionnel l'échec de l'acte de langage apparaît flagrant. En effet, en 1925, le tribunal de la Seine a refusé de contrôler la constitutionnalité de la loi Rochette, tout comme le Conseil d'État en 1936 (arrêts *Arrighi* et *Coudert*). Il faut toutefois également s'intéresser aux conclusions du commissaire du Gouvernement Latournerie. Si celui-ci conclut bien au rejet des requêtes (c'est-à-dire qu'il enjoint au juge de ne pas se prononcer sur la constitutionnalité de la loi), il faut bien remarquer qu'il a en réalité reçu le discours doctrinal, au moins concernant les affirmations sur la nature de l'ordre juridique. Il considère en effet que « lorsqu'un régime juridique établit [...] une hiérarchie entre les lois, c'est-à-dire lorsqu'il existe ce qu'on a appelé une 'super-légalité' ou 'encore une loi des lois', le juge [...], ne fait rien que de conforme à sa mission [...] en faisant céder, le cas échéant, à la loi supérieure celle du degré inférieur »¹. Il partage ainsi avec la doctrine l'idée que le caractère hiérarchisé de l'ordre juridique préexiste à l'intervention du juge. Plus encore, il partage cette façon de parler « logique » comme en témoigne l'usage de l'article indéfini « un régime juridique » : ce raisonnement est valable pour tout ordre juridique qui connaît une « loi des lois », c'est-à-dire, tout ordre juridique qui a une Constitution. Le commissaire Latournerie considère même que ce raisonnement est « sans réplique en logique pure »², il conclue au rejet des requêtes pour des raisons différentes, nous le verrons³. En tout cas, il partage bien cette représentation.

Ainsi nous pouvons considérer dans un sens (certainement un sens faible) l'acte de langage comme heureux, et dans un autre (sens fort) comme malheureux. Ainsi, au sens faible, il faut considérer l'acte de langage comme réussi : une certaine *image*

¹ « Conseil d'État, 6 nov. 1936, *Arrighi, Coudert* », *Recueil Dalloz*, 1938, 3^e partie, p. 5.

² *Ibid.*, p. 6.

³ Voir *infra* (part. III, chap. 2, sec. 3).

de l'ordre juridique – partagée par les professeurs de droit – a été produite et diffusée dans l'opinion publique¹, et dans l'opinion juridique².

Concernant la fonction du juge, dans l'espace médiatique, l'idée selon laquelle il existerait une fonction naturelle du juge est parfaitement diffusée, notamment par Berthélémy qui déclare que « si un texte législatif viole un texte constitutionnel, les tribunaux [...] sont obligés de choisir. Ils doivent se conformer à la loi constitutionnelle et écarter la loi ordinaire »³. Cette idée sera répétée par les autres juristes interrogés.

Dans l'espace juridictionnel, nous voyons que Latournerie a reçu cette représentation. Ainsi, sur l'argument de la séparation des pouvoirs, il considère que « tout ce qu'exige [...] le principe, c'est que l'action que chaque pouvoir a sur les autres ne s'exerce, comme on l'a dit, que “ par l'exercice de sa propre fonction ”. Or c'est une règle bien établie que le juge de l'action est le juge de l'exception »⁴. Ainsi, non seulement l'exception d'inconstitutionnalité entrerait dans la fonction naturelle du juge – car le conflit constitution/loi est un conflit de normes comme un autre – mais il serait neutre dans sa mission : « le juge ne fait rien que de conforme à sa mission [...] en faisant céder, le cas échéant, à la loi supérieure celle du degré inférieur. Il ne fait, en pareil cas, que statuer sur un conflit de loi qui ne diffère guère par nature d'autres conflits qui se présentent devant lui »⁵. De ce point de vue, l'acte de langage est également réussi.

Ainsi, en produisant un discours d'apparence constative sur la nature de l'ordre juridique et celle de la fonction juridictionnelle, la doctrine produit cette nature : nous assistons en réalité à la construction d'une réalité, donc à une naturalisation. Or, la construction d'une « nature des choses » est toujours un acte politique⁶.

Dans le cas du discours herméneutico-juridique en tant qu'acte de langage, quelle pourrait être sa réussite ou son échec ? En tant qu'unité discursive d'analyse des textes – et donc d'attribution de significations – on peut estimer que l'acte est réussi si les textes prennent effectivement la signification que les auteurs leur ont attribué.

Mais que veut dire « prendre une signification » ? Il ne faudra pas croire qu'une signification est une propriété objective de telle sorte qu'un objet – et dans le cas qui nous intéresse, un texte – pourrait avoir ou ne pas avoir de signification. Au contraire, la signification vient de l'extérieur : du lecteur, et des lecteurs (le droit fonctionnant de manière collective, le lecteur n'est jamais seul dans son rôle). Cela veut dire qu'il faudra, une nouvelle fois, s'intéresser aux représentations que la doctrine a pu – et voulu – produire quant à la façon dont on devait lire certains textes.

¹ Ou en tout cas diffusée *pour* l'opinion publique via un journal comme *Le Temps*.

² Dans la mesure où nous pouvons considérer le commissaire Latournerie comme représentatif de cette « opinion juridique ».

³ *Le Temps*, p. 4.

⁴ « Conseil d'État, 6 nov. 1936... », art. cité, p. 5.

⁵ *Ibid.*

⁶ Comme le notait Marcuse : « l'ordre des choses objectif est [...] le fait de la domination », in *L'homme unidimensionnel*, Paris, Éditions de minuit, 1968, p. 167.

Nous parlons ici de « la » doctrine, et cela veut dire qu'il faudra se focaliser sur les textes qui font l'objet du consensus le plus large dans le champ doctrinal : les textes constitutionnels et législatifs. A l'inverse, concernant l'interprétation des décisions juridictionnelles, du fait de la diversité des interprétations, il apparaît plus difficile de traiter ici le discours comme acte de langage – mais il faudra toutefois s'intéresser à la façon dont ce discours est reçu.

Il faut se demander ici comment est reçu le discours herméneutico-juridique par le commissaire Latournerie, c'est-à-dire, qu'il faut poser la question : comment parle-t-il des textes mis en jeu – tant les textes constitutionnels et législatifs que les décisions de justice – dans le champ doctrinal ?

Ici, en ce qui concerne les lois de 1875, ce n'est pas le discours doctrinal dans son ensemble que nous considérerons comme un acte de langage, mais uniquement celui de Carré de Malberg, qui est le seul à avoir une position différente sur la question. Aussi, nous devons considérer le discours malbergien comme un acte de langage visant à produire une représentation selon laquelle, en France, les pouvoirs législatifs et constituants ne sont pas séparés.

Dans l'espace doctrinal, nous avons vu que sa position restait minoritaire. Dans l'espace juridictionnel, Latournerie semble considérer que les pouvoirs constituants et législatifs sont bien distincts ; en tout cas, il ne traite pas la question comme ayant fait l'objet du moindre débat. Sur ces deux points, l'acte de langage est un échec. Enfin, dans l'espace médiatique, il faut remarquer que Carré de Malberg ne fait pas partie des juristes interviewées par G. Suarez (alors que l'on peut difficilement l'exclure du groupe des « plus éminents juristes » de cette époque). De ce point de vue, il est donc impossible d'analyser le discours malbergien comme acte de langage dans l'espace médiatique : il n'a pas pu y parler.

Pour les textes de l'époque révolutionnaire, Latournerie procède à leur contextualisation, tant pour la loi des 16-24 août et la constitution de 1791¹ que pour l'article 127 du Code pénal². Cela veut dire qu'il a reçu et assimilé cette idée que ces textes devaient être lus et compris d'une certaine façon : à ce titre, l'acte de langage est réussi.

Enfin, pour l'espace médiatique, nous pouvons ici restituer un passage de l'interview de Berthélémy qui, après avoir posé la conclusion du jeu logico-juridique, expose celles du jeu herméneutico-juridique :

- [Berthélémy :] L'obligation pour les juges de repousser l'exception d'inconstitutionnalité n'existe que si un texte formel (constitutionnel lui-même) l'impose.
- [G. Suarez :] Existe-t-il en France des textes de ce genre ?
- [Berthélémy :] On cite le décret-loi de 1790, la Constitution de 1791, l'article 127 du Code pénal. Aucun de ces textes n'est d'ordre constitutionnel, et, en outre,

¹ Car à l'époque révolutionnaire, « la conception [de la séparation des pouvoirs] est entièrement dominée par la souveraineté de la loi » ; et à cette « considération de doctrine constitutionnelle, s'ajoutent d'ailleurs les préjugés qu'avaient inspirés, comme on l'a maintes fois rappelé, à des assemblées novatrices, des Parlements hostiles aux réformes » ; c'est donc par cette conjonction d'influences que s'expliquent [...] les interdictions portées par les articles 10 et 11 de la loi 16-24 août 1790 » (art. cité, p. 6-7).

² « Sous les constitutions du Consulat et de l'Empire si [...] un certain contrôle fut admis, ce fut uniquement – c'est bien en ce sens que l'article 127 du Code pénal paraît devoir s'interpréter – par l'organe du Sénat » (*ibid.*, p. 7).

aucun ne contient ce qu'on en a voulu déduire. Ils ont tous les trois pour objet de prohiber les pratiques des anciens parlements¹.

Duguit ne contestera pas cette idée, pas plus qu'Hauriou qui déclare qu'il « ne reviendra pas sur ce qu'on dit les doyens Duguit et Berthélémy ».

Ainsi, dans l'espace médiatique, les juristes ont pu diffuser une certaine représentation de la façon dont on devait comprendre les textes de l'époque révolutionnaire. L'acte de langage est réussi.

Concernant la jurisprudence, du fait du dissensus doctrinal, nous pouvons difficilement analyser « le » discours doctrinal et le traiter comme un acte de langage. C'est donc sur des discours de professeurs de droit singuliers qu'il faut se reporter.

Dans l'espace juridictionnel, nous traiterons alors comme actes de langage les énoncés de Leblanc (dans son enquête archéologique), d'Hauriou (dans son interprétation de la jurisprudence administrative ainsi que de la décision *Pelletier* du Tribunal des conflits), et de Jèze (pour l'arrêt *Paulin*). Nous verrons comment Latournerie procède à une sélection des interprétations faites par les professeurs de droit, et que, finalement, en dehors de l'échec cuisant d'Hauriou, il est impossible de considérer que les actes de Leblanc et Jèze sont de franches réussites (bien qu'elles constituent des réussites partielles).

Latournerie commence par procéder à la manière de Leblanc : il contextualise les décisions des 11 et 18 fructidor an V. Puis, il se penche sur les arrêts *Paulin* et *Doyne et Lemaire*, et livre, concernant l'arrêt *Paulin*, une interprétation semblable à celle de Jèze : « Quoi qu'on en ait dit [...], les arrêts de la chambre criminelle du 11 mai 1833 [l'arrêt *Paulin*] et du 12 avril 1838 ne paraissent pas avoir innové sur ce point (le premier admet toutefois le contrôle de l'existence de la loi) »². Il voit au contraire un exercice du contrôle dans les arrêts *Gautier* et *Gents et consorts* : « le contrôle proprement dit [...] paraît avoir été nettement admis en 1851 par deux arrêts de la chambre criminelle »³ mais ils ne constitueraient selon lui qu'une sorte de parenthèse : « le second Empire revient à cet égard à un état du droit semblable à celui du premier Empire. Car l'arrêt [...] de 1863, qui, d'après certains, serait favorable au contrôle, ne paraît pas avoir la portée qui lui est ainsi attribuée. Il en va

¹ *Le Temps*, dimanche 15 nov. 1925, p. 4.

² Art. cité, p. 7.

³ Il faut remarquer qu'il propose une interprétation tout à fait originale de cet arrêt, à la lumière de la théorie kelsénienne de la justice constitutionnelle. Selon Kelsen, le contrôle de constitutionnalité serait une institution démocratique : une constitution étant souvent adoptée au suffrage universel ou à la majorité qualifiée, elle serait une norme plus légitime que la loi. (D'après Michel Troper, Kelsen serait là en complète contradiction avec lui-même puisqu'il soutenait par ailleurs dans *La Démocratie – sa nature, sa valeur* que la pratique de la majorité qualifiée n'était pas démocratique puisqu'elle permet à une minorité de s'opposer à la volonté de la majorité (ce n'est pas un système d'autonomie mais d'hétéronomie). Voir M. TROPER, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », art. cité ; voir contra R. BAUMERT, *op. cit.*, p. 314-335). Latournerie souscrit à l'analyse kelsénienne et soutient que le contrôle est « de l'essence de la démocratie » ce qui expliquerait qu'il ait été admis en 1851 car « pour la première fois, l'Assemblée représentative tenait son élection du suffrage universel direct » (*ibid.*).

de même pour l'arrêt *Pelletier* »¹. Ainsi, concernant l'arrêt *Pelletier*, Hauriou a échoué dans sa volonté de transmettre son interprétation.

Il s'intéresse ensuite à la jurisprudence du Conseil d'État et propose, une nouvelle fois, une interprétation semblable à celle de Leblanc (et nous voyons à nouveau l'échec d'Hauriou) : « le 23 mai 1901, par un arrêt très net, quoique des plus succincts, l'arrêt *Delarue*, vous avez exclu le contrôle. Mais, si les arrêts *Winkel* et *Tichit* [...] ne reviennent nullement sur cette jurisprudence, quoique l'opinion contraire ait été soutenue, l'arrêt *Heyriès* [...] a statué sur l'interprétation de la loi constitutionnelle »². Dans l'arrêt *Heyriès*, le Conseil d'État aurait ainsi procédé à un contrôle de constitutionnalité, la jurisprudence opinerait en sa faveur. Latournerie s'évertue alors à neutraliser cet arrêt car « ce serait méconnaître la portée de cet arrêt que d'y voir l'application du contrôle » ; en effet, « si votre jurisprudence *Heyriès* l'a [la constitution] fait prévaloir sur la loi simple, c'est sur appréciation de la légalité, non pas de cette dernière loi, mais de l'acte administratif qui provisoirement l'avait suspendu »³.

Nous le voyons, Latournerie finit, concernant la jurisprudence administrative, par proposer une interprétation qui lui est propre et par soutenir que, dans l'ensemble, la jurisprudence a écarté le contrôle. Les actes de langage tendant à instituer des précédents favorables ont donc échoué.

Enfin, il importe aussi de voir ce qu'on dit les juristes de la jurisprudence dans la presse. Ici, du fait de la sélection faite par G. Suarez, il est à nouveau possible de parler *du* discours doctrinal. Car, dans l'ensemble, les juristes affirment que la jurisprudence ne fait pas obstacle au contrôle du juge, et qu'il existe même des précédents favorables.

Ainsi, Berthélémy déclare que, concernant la thèse du droit au contrôle du juge, « la Cour de cassation a paru la contredire une seule fois (1833). Elle y a adhéré en 1838, 1851, en 1863 »⁴. De même, pour Duguit, s'il « est vrai que la Cour de cassation a autrefois déclaré que l'exception d'inconstitutionnalité [...] n'est pas recevable [...] ». On en était restés là mais depuis on a découvert autre chose. Un de mes collègues a exhumé un autre arrêt rendu par la même Cour de cassation le 25 mars 1851[...] [elle] a admis ce jour-là que les tribunaux ont le droit d'examiner la constitutionnalité des lois »⁵. Enfin, Hauriou est à même de diffuser sa représentation de la jurisprudence administrative et peut ainsi déclarer que « le Conseil d'État a franchement affirmé sa compétence pour interpréter les textes constitutionnels »⁶.

Ainsi, dans l'ensemble, le discours doctrinal technico-juridique a été reçu dans les espaces médiatiques et juridictionnels : les auteurs ont pu produire et diffuser des représentations de la nature de l'ordre juridique, de la fonction du juge, et de la façon dont on devait comprendre certains textes.

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ art. cité.

⁵ art. cité.

⁶ *Le Temps*, dimanche, 27 déc. 1925, p. 2.

Finalement, après avoir disqualifié les textes, les auteurs en reviennent à la logique car la présomption n'a pas été renversée. Cela veut dire aussi, qu'ils quittent le dissensus pour revenir au consensus, pour revenir dans le jeu de langage qui avait permis de produire des vérités permanentes. Ce jeu, en tant que jeu de langage logique (comme « monde de pensée » aurait dit James¹) produit bien des vérités nécessaires mais ce n'est pas comme si le jeu de langage lui-même était nécessaire. Le retour au jeu logique permet ainsi de répondre favorablement à la question du droit au contrôle du juge, et aussi de présenter ce droit au contrôle comme la conséquence d'une vérité nécessaire, comme l'application d'une règle permanente.

Nous le verrons, au terme du jeu de langage technico-juridique, la question du contrôle de constitutionnalité se trouve dépolitisée, neutralisée et fait l'objet de représentations proprement doxiques. Cela veut dire que l'enjeu du jeu pragmatico-juridique sera, en tant que discours hétérodoxe, de procéder à une destruction de l'image doxique, à une re-politisation et à une dé-neutralisation de l'institution du contrôle de constitutionnalité des lois.

¹ *Op. cit.*, p. 68.

La ruse de la raison scientifique consiste à faire de la nécessité avec de la contingence.

P. Bourdieu, *Science de la science et réflexivité*

PARTIE III – LE JEU PRAGMATICO-JURIDIQUE

Le but de Lambert dans son *Gouvernement des juges* est fondamentalement de politiser la question du contrôle de constitutionnalité (chap. 2), qui se trouve donc, auparavant, dépolitisée (chap. 1) ; mais cette entreprise fait l'objet d'oppositions dans plusieurs jeux de langage (chap. 3).

Chapitre 1. Avant Lambert : Un discours politique dépolitisé

Avant la parution du *Gouvernement des juges* en 1921 – c'est-à-dire, avant l'introduction de l'unité discursive pragmatICO-juridique – la question du contrôle de constitutionnalité est essentiellement traitée sur un mode technique, logique et scientifique (sec. 2), jouant ainsi un rôle de dépolitisation doxique (sec. 1).

Section 1. Le silence de la doxa

Avant Lambert, le discours est dépolitisé, cela fait partie des fonctions (§ 2) de la *doxa* (§ 1).

§ 1. La notion de *doxa*

Si chez Platon la *doxa* est ce qui est opposée à la « vraie » philosophie et caractérise les sophistes¹, c'est davantage au sens d'Aristote que nous utiliserons ce mot. Chez ce dernier, le terme n'est pas dévalorisé comme chez son aîné mais en vient à désigner quelque chose comme une tradition langagière existant dans la cité, quelque chose comme un *fond commun* de « petites vérités » (du domaine, non du vrai, mais du vraisemblable) qui lie les citoyens entre eux². C'est ici que le terme *doxa* acquiert l'acception que nous lui connaissons : l'opinion qui est généralement partagée dans la société.

C'est là que Bourdieu reprend le terme et le distingue de l'orthodoxie : l'orthodoxie fonctionne par opposition à l'hétérodoxie, alors que la *doxa* fonctionne seule, elle est *doxa* et non orthodoxie justement parce qu'il n'y a pas de discours hétérodoxe qui lui fait face. La *doxa* est alors « une croyance qui ne se perçoit même pas

¹ A. CAUQUELIN, *L'art du lieu commun. Du bon usage de la doxa*, Paris, Seuil, 1999. p. 29-34.

² *Ibid.*, p. 36.

comme une croyance »¹. Elle est essentiellement *seule*, et ne devient orthodoxie que lorsqu'elle doit faire face à une hérésie. Dans ce cas, elle *s'explique*, elle se montre².

Dans notre débat, nous avons affaire à un moment hétérodoxe avec la publication du *Gouvernement des juges* d'E. Lambert. Comme nous le verrons, celui-ci a pour projet de dé-neutraliser l'institution du contrôle de constitutionnalité. Dans ces conditions, la *doxa* devient orthodoxie car elle fait face à un discours hétérodoxe, bien que Lambert n'attaque jamais véritablement les fondements de la *doxa*.

Dans cette perspective, la *doxa* n'est pas un discours mais un ensemble de croyances partagées, intériorisées, et structurant une certaine vision du monde social : elle consiste alors en un ensemble de « schèmes de perception fondamentaux »³, en une « expérience première du monde »⁴.

Mais alors, comment reconnaître la *doxa* ? Par deux absences : une absence de justification (orthodoxie) et une absence de contestation (hétérodoxie)⁵.

Dans notre débat, la question du contrôle de constitutionnalité relève, du moins dans un premier temps (avant Lambert donc), de la *doxa*. Cela veut dire que chacun la *perçoit* non seulement comme une institution nécessaire (au sens du jeu logico-juridique), mais également *neutre* politiquement et socialement. Cette supposée neutralité de l'institution – et donc du juge – est sans doute un corollaire de l'interprétation-connaissance, mais elle n'est jamais justifiée ni contestée. L'essentiel de l'entreprise de Lambert consistera alors à attaquer ce dernier point et à montrer que l'institution est conservatrice, que le juge n'est en réalité pas neutre, mais que, toujours, il sert sa classe⁶. La *doxa* devra alors devenir orthodoxie et se montrer.

§ 2. Les fonctions doxiques

On peut, schématiquement, isoler deux principales fonctions de la *doxa* : une fonction de structuration de la perception du monde, préalable essentiel à l'expérience du commun, et une fonction de dépolitisation.

La fonction de structuration est celle qui se rapproche le plus de la conception aristotélicienne de la *doxa* : elle est quelque chose de partagé et de nécessaire au fonctionnement de la cité (en fait : pour qu'il puisse y avoir une *polis*). C'est parce que chacun n'a pas sa vision du monde propre mais la partage avec d'autres acteurs sociaux que des interactions sont possibles. Et c'est ici que nous pouvons retrouver la doctrine que nous considérerons un instant comme un espace du commun : cet espace existe (on peut parler de *la doctrine*) parce qu'existe un *fond commun* qui le

¹ P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris, Raisons d'agir/Seuil, 2012, p. 312.

² *Ibid.*, p. 313.

³ P. BOURDIEU, *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris, Éditions de minuit, 1979, p. 546.

⁴ *Ibid.*, p. 549.

⁵ À cet égard, on ne peut pas considérer que la préférence pour le contrôle diffus relève de la *doxa*. En effet, Kelsen lui préfère le contrôle centralisé (discours hétérodoxe), et même pour les auteurs ne contestant pas *directement* Kelsen, le choix du juge ordinaire est justifié (discours orthodoxe).

⁶ C'est en réalité le seul élément du jeu logico-juridique qu'il remette en cause.

fait fonctionner avec une relative unité. La doctrine fonctionne comme doctrine parce que certaines choses ne sont pas mises en doute mais relèvent de la croyance *fondamentale* (nous retrouvons ici Wittgenstein¹).

Nous avons ainsi vu comment les jeux de langage logico-juridique et herméneutico-juridique révélaient un fonctionnement doxique : leur certitude constitutive n'est pas remise en cause. C'est pour cette raison qu'avant l'apparition du jeu pragmatique-juridique, le jeu technico-juridique peut exister seul – s'il le pourra également après, ce ne sera qu'au prix d'un effort de réfutation du jeu pragmatique-juridique, et donc d'une explicitation.

La seconde fonction de la *doxa* est celle de *dépolitisation*. Il nous faut d'abord rappeler que nous avons préalablement défini le *discours* politique comme étant essentiellement volontariste. On comprend alors que la *doxa* lui est fondamentalement antithétique : elle est ce qui est et ce qui est perçu comme ce qui est, ce qui ne peut être changé parce que l'on ne peut simplement penser à le changer. La politique ne peut commencer qu'avec l'hétérodoxie, avec « la dénonciation de ce contrat tacite d'adhésion à l'ordre établi qui définit la *doxa* originaire »².

Dans ces conditions, tant que n'existe pas de discours hétérodoxe, l'institution du contrôle de constitutionnalité ne peut être vu que comme une mesure technique, d'autant plus souhaitable qu'elle est logiquement fondée.

Section 2. La rhétorique de la scientificité

L'institution du contrôle de constitutionnalité est présentée comme une mesure technique (§ 2) fondée logiquement (§ 1).

§ 1. Dépolitisation et vérité logique

Il convient préalablement de distinguer deux sens du mot « politique ». Comme dit précédemment, lorsque l'on dit d'un *discours* qu'il est politique – c'est-à-dire lorsque la dimension politique est une qualité propre du discours – c'est qu'il fait, formellement, appel à la volonté et au choix, et non à la connaissance. La question de savoir ce que serait une *action* politique est bien différente, nous quittons ici la question de la forme pour celle du fond. Et nous pouvons reconnaître dans le discours des professeurs de droit (puisqu'il porte sur la façon dont doit fonctionner le système juridique, qu'il discute *fondamentalement* de la question du pouvoir que l'on doit ou non confier *personnellement* au juge, etc.) un discours *fondamentalement* politique mais *formellement* apolitique³.

Il faut ainsi voir comment les auteurs ont réussi à dépolitiser la question, ou plutôt, comme ils ne l'ont pas politisée⁴. En effet, si nous pouvons considérer que la question du contrôle de constitutionnalité est fondamentalement politique (mais finalement, en droit, quand est-ce qu'une question n'est pas politique ?), il faut bien

¹ « Ce doute n'est pas un doute de notre jeu » (L. WITTGENSTEIN, *De la Certitude*, op. cit., § 317).

² P. BOURDIEU, *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, Fayard, Points, 2014, p. 188.

³ C'est le sens de l'expression « discours politique dépolitisé » (P. BOURDIEU, *Langage et pouvoir symbolique*, op. cit., p. 192).

⁴ Le terme « dépolitisation » tendrait en effet à supposer que la question était *formellement* politisée mais qu'elle ne l'est plus.

voir que ce n'est pas ainsi qu'elle apparaît dans le débat, pour ses participants comme ses observateurs.

Une manière de traiter politiquement la question consiste à se demander s'il est *opportun* que le juge exerce un contrôle de constitutionnalité. À l'inverse, la traiter « juridiquement » consiste à se demander s'il est *vrai ou faux* que le juge dispose d'un droit au contrôle¹. En réalité, le fait de poser la question de la vérité à la place de celle de l'opportunité revient à éliminer toute possibilité de prendre en la matière une *décision*.

En effet, si la possibilité d'une décision apparaît comme telle, il faudra ensuite se poser la question du décisionnaire : « qui doit prendre cette décision ? ». Car, si les juristes peuvent toujours soutenir – et en réalité, ils le font souvent, et encore aujourd'hui² – qu'ils sont les mieux placés pour *savoir* si une réforme est opportune ou non, à l'ère démocratique, on pourra toujours leur opposer que c'est à la volonté populaire de décider en connaissance de cause (c'est-à-dire avec rien de moins ni de plus qu'une assistance technique)³. Au contraire, il n'y aurait guère de sens à prendre une décision sur une question qui a déjà été résolue quant à sa vérité : si l'on pouvait vouloir le vrai, on pourrait aussi vouloir le faux (ce qui n'aurait aucun sens).

C'est cette qualité formelle du discours, cet appel à la vérité et à la nécessité, au détriment du choix qui constitue ce que nous appelons dépolitisation. Elle passe ainsi par la notion de vérité, et par celle de lois vraies, de lois naturelles. Les lois de la logique juridique sont pensées comme des lois universelles et immuables, et acquièrent ainsi une autonomie à l'égard de la volonté politique, à l'instar des lois de l'économie analysées par Schmitt⁴.

Aussi, si l'on se rappelle du parallèle que nous faisons⁵ entre le jeu logico-juridique et la loi au XVIII^e siècle, il faut noter que cette dernière présentait aussi cette particularité d'être apolitique. En effet, l'idée était qu'il existerait un système de règles préexistant qu'il suffirait de codifier : l'activité législative ne serait qu'une activité de connaissance du droit naturel, elle ne résulterait pas de l'exercice de l'autorité, mais de la raison. Dans un sens, la même idée se retrouve chez nos au-

¹ Comme le remarque Claude Courvoisier (art. cité, p. 264), « il ne s'agit pas de savoir ce qui serait bon, mais ce qui est vrai ».

² Comme en témoigne la lettre adressée aux sénateurs par un collectif de juristes à l'occasion du Mariage pour tous le 15 mars 2013. Sur la question plus générale de la mobilisation des juristes, voir J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, « Les juristes dans l'espace public », in *Droit et société*, 2016/2, n°93, p. 359-374.

³ C'est l'entreprise de Lambert (voir *infra*).

⁴ « [...] l'autonomie des normes et des lois de l'économie qui s'est imposée avec une autorité incontestable. La production et la consommation, la fixation des prix et le marché ont leur sphère propre et ne saurait être gouvernés ni par la morale, ni par l'esthétique, ni par la religion et moins encore par la politique » (C. SCHMITT, *La notion de politique*, Paris, Flammarion, 1992, p. 118). Dans le même sens, Weber note que si l'on concevait que « des lois immuablement identiques régiraient les phénomènes économiques [...], l'étant [*Seiende*] se confondrait avec le devant-être [*Seinsollende*] » (M. WEBER, *Essai sur la théorie de la science*, op. cit., p. 121).

⁵ Voir *supra* Partie I, chap. 1, sec. 2.

teurs qui prétendent avoir découvert dans l'institution du contrôle de constitutionnalité une vérité logique universelle : comme le législateur révolutionnaire dont « l'autorité n'[était] qu'un reflet de celle de la loi »¹, la nécessité de la solution ne vient pas d'eux-mêmes mais de la vérité qu'ils auraient découvert ; quand il énonce du devoir-être, l'homme de science ne *veut* rien car ce devoir-être existe dans la nature des choses.

§ 2. La technique comme fin

La fin poursuivie par les auteurs favorables au contrôle semble être quelque chose comme le « bon fonctionnement du système juridique ». Cela veut dire qu'il s'agit presque d'une question d'intendance, d'une question sur laquelle le public n'a finalement pas à prendre position puisqu'elle est appelée par la logique même. Et de toute façon, y aurait-il vraiment un sens à demander à quelqu'un « voulez-vous que le système juridique fonctionne bien ? ».

Cela veut dire aussi que le droit est conçu comme disposant en lui-même (dans sa logique) des éléments permettant d'assurer son perfectionnement (son auto-perfectionnement). L'idée est qu'il suffirait de travailler rigoureusement, de rechercher les lois logiques qui gouvernent le droit – qui *doivent* le gouverner – et d'ensuite les appliquer pour parvenir progressivement à la perfection technique du système juridique.

Évidemment, le fait de présenter le contrôle de constitutionnalité comme un perfectionnement technique participe de la neutralisation de la question, car « il n'y a rien de plus neutre en apparence que la technique, elle est au service de chacun »². Aussi, la politisation de la question passe nécessairement par une rupture avec l'ordre établi (avec la doxa), par une dé-neutralisation, et par une dé-technicisation : il s'agira de montrer que le contrôle de constitutionnalité n'est pas une « mesure technique » qui sert chacun indifféremment mais seulement un petit nombre d'entre eux (la classe dominante). Nous en arrivons ainsi à Lambert qui introduit un discours hétérodoxe tendant à politiser (formellement) la question.

¹ G. BURDEAU, art. cité, p. 17.

² C. SCHMITT, *La notion de politique*, op. cit., p. 144.

Chapitre 2. La politisation de la question

L'entreprise de politisation de la question par Lambert passe, nous l'avons dit, par une dé-neutralisation de l'institution du contrôle de constitutionnalité qui « se présente sous des dehors modestes qui écartent la défiance de ceux dont il est destiné à briser l'agitation »¹. Aussi, après avoir fait le constat de la technicisation de la question – et aussi celui du consensus doctrinal en la matière – il entend montrer quels sont les *effets* économiques et sociaux du contrôle de constitutionnalité² (sec. 1) afin de rendre possible une décision sur la question (sec. 2).

Section 1. Le gouvernement des juges

Lambert ne se contente pas d'exposer la situation aux États-Unis (§ 1) : sa sociologie de la magistrature confère à sa thèse une portée universelle³ (§ 2).

§ 1. La situation aux États-Unis

Il convient ici de résumer l'analyse que fait Lambert de la situation juridico-politique des États-Unis telle qu'elle résulte du contrôle juridictionnel des lois. Il fait le constat de la perversion du principe de la séparation des pouvoirs au profit du judiciaire : « le renversement d'équilibre s'est produit au profit du pouvoir judiciaire, qui a soumis les deux autres [pouvoirs] à son contrôle et établi, par là, un régime de gouvernement par les juges »⁴. Ce renversement se remarquerait par la disparition de l'équilibre entre le *statute law* et le *common law* ; et cette disparition semblait inévitable car « les statuts ne trouvent pas leur interprétation en eux-mêmes : leur signification est déclarée par les cours, et avec nulle autre signification qu'ils sont imposés à la communauté comme loi »⁵.

Il isole plusieurs facteurs expliquant l'apparition du gouvernement des juges : l'extension du contrôle de constitutionnalité des lois, « l'extrême liberté d'allures que l'interprétation judiciaire des statuts a conquise au contact du contrôle de constitutionnalité »⁶, et l'éducation juridique américaine centrée sur la méthode des

¹ É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges...*, op. cit., p. 225.

² Il faut dire qu'auparavant, le système américain de contrôle de constitutionnalité n'était connu en France – outre les *Éléments* d'Esmein – que par la communication faite par Lar-naude en 1902 à la Société de législation comparée (art. cité), et que celle-ci ne faisait aucune place à la question des effets économiques et sociaux.

³ *Universelle* mais non *permanente* : Lambert ne joue pas le jeu logico-juridique.

⁴ É. LAMBERT, op. cit., p. 16.

⁵ J. CHIPMAN-GRAY, *The Nature and Sources of The Law*, New-York, 1909, § 306 ; cité par E. LAMBERT, *ibid.*, p. 23.

⁶ *Ibid.*, p. 23.

cas¹. Mais il précise aussitôt que « ce troisième facteur n'est lui-même qu'une résultante des deux autres »², ce qui lui permet de relativiser un facteur qui aurait pu constituer un argument permettant de relativiser sa thèse. Il accorde ainsi de longs développements aux autres facteurs, et en particulier, au premier d'entre eux.

Selon Lambert, c'est dans la *due process clause* du 14^{ème} amendement à la Constitution des États-Unis³ que les juges américains auraient trouvé l'instrument de leur domination, alors que celle-ci avait pour but de protéger les populations noires du Sud⁴. Cette clause interdit aux États fédérés de priver un citoyen américain de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans procédure régulière, or, à partir des années 1890 « les juges se sont mis à faire un tri parmi les procédures organisées par les statuts, ne retenant comme régulières et constitutionnelles que celles qui répondaient à leur idéal de justice et d'équité, et ont fait ainsi passer la notion de *due process* de la définition qu'en donnait encore la Cour suprême en 1875 : “ le *due process* est ordinairement ce que l'État ordonne... c'est la procédure régulière d'après la loi de l'État “, à la définition qu'en donne en 1920, M. Reed Powell [...] : “ le *due process* est ce que la Cour suprême déclare tel “ »⁵. C'est bien sûr des mots « liberté » et « propriété » que les juges feront le plus usage pour restreindre la législation sociale⁶.

La *due process clause* était ainsi le moyen principal conduisant au gouvernement des juges, et deux de ses corollaires ont joué dans ce sens : la *Rule of reasonableness* (contrôle de la rationalité des mesures législatives), et le critère de l'*expediency* (« l'opportunité et la valeur économique des actes législatifs »⁷). Si Lambert peut présenter ces deux éléments comme des corollaires, c'est qu'il précise que la *due process clause* « amène nécessairement les cours, quand elles sont appelées à se

¹ Car « en présentant aux futurs juristes les décisions des cours de justice comme les seuls matériaux qui soient dignes de vénération et d'étude, elle conduit à des résultats exactement opposés à ceux de notre méthode traditionnelle d'éducation légale » (*ibid.*, p. 25-26). « La formation scolaire prépare ainsi l'élite universitaire des praticiens à devenir l'auxiliaire bénévole de la jurisprudence, dans son effort pour défendre le *common law* – c'est-à-dire ses propres doctrines – contre la pénétration des vues adverses du *statute law* » (*ibid.*, p. 29).

² *Ibid.*

³ « *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States ; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* ».

⁴ Lambert précise que ce but n'a d'ailleurs pas été atteint en raison de l'arrêt *Plessy v. Ferguson* de 1896 qui consacre la doctrine « *separate but equal* ».

⁵ É. LAMBERT, *op. cit.*, p. 47.

⁶ Lambert cite en ce sens deux arrêts de la Cour suprême : *Norwood v. Baker* de 1898 qui consacre l'idée selon laquelle « les lois fiscales [...] peuvent, si elles paraissent injustes ou déraisonnables, être déclarées par l'autorité judiciaire invalides comme constituant une privation de propriété sans procédure légitime de droit » (*ibid.*, p. 49) ; et *Allgeyer v. Louisiana* (1897) dans lequel la Cour déclare que « tout statut, restreignant ou réglementant la liberté de contracter des particuliers, peut être traité comme contrevenant au 14^e amendement si l'entrave apportée au libre jeu du laisser-faire économique n'est pas fondée sur une raison jugée suffisante par la Cour » (*ibid.*, p. 49-50).

⁷ *Ibid.*, p. 53.

prononcer sur la constitutionnalité d'un statut fédéral ou d'un statut d'État, à reprendre sur de nouvelles bases le travail – déjà accompli par le législateur – d'examen critique des faits complexes qui militent pour et contre l'opportunité du statut »¹. Finalement, le deuxième facteur – la liberté d'interprétation du juge américain – devient lui aussi une conséquence logique de l'exercice contrôle de constitutionnalité des *statutes* par le juge.

Après avoir exposé les raisons du développement du pouvoir du juge américain, il entreprend d'en exposer les conséquences. Il consacre ainsi un long chapitre à « la lutte des tribunaux contre la législation ouvrière », dans lequel il s'intéresse à la fois aux cours des États et à la Cour suprême. Concernant les premières, après avoir donné de nombreux exemples de lois de réglementation du travail censurées par les cours, il remarque que finalement, le législateur doit se préoccuper « non pas tant de ce qu'il convenait d'édicter dans l'intérêt de la pacification industrielle que de ce qu'il lui était possible de faire constitutionnellement »². S'intéressant à la Cour suprême, il note que « l'accident du *Lochner case* – l'arrêt qui annula un statut limitant la durée quotidienne du travail dans les boulangeries – n'est pas resté un fait isolé dans les annales postérieures de la Cour suprême »³, il cite alors les arrêts *Adair v. United States* (1908)⁴, *Coppage case* (1915)⁵, *Hitchman case* (1917)⁶ et *Child labor law case* (1918)⁷.

Lambert expose également la neutralisation du *Sherman act*⁸ par les juridictions, et précise que la Cour suprême « vient d'entrer dans une phase nouvelle de sa politique économique, encore plus libérale à l'égard des trusts, par sa décision du 1^{er}

¹ *Ibid.*, p. 55.

² *Ibid.*, p. 72.

³ *Ibid.*, p. 81. L'arrêt *Lochner* est aujourd'hui considéré comme l'arrêt central du gouvernement des juges, à tel point que l'on parle, pour désigner la période étudiée par Lambert de « *Lochner era* » (on considère généralement qu'elle s'arrête en 1937 avec l'arrêt *N.L.R.N. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, suivi en 1938 par un arrêt *United States v. Carolene Products co.*). Sur l'arrêt *Lochner*, voir É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 140-158.

⁴ Par lequel « la Cour a annulé un acte du Congrès qui défendait aux voituriers se livrant au transport entre États – pratiquement, aux compagnies de chemin de fer – de renvoyer un employé pour cause d'adhésion à une Union du travail » (*ibid.*, p. 81-82).

⁵ Par lequel « elle a déclaré invalide un statut du Kansas faisant défense à tout employeur d'exiger de ses employés, ou des personnes qui sollicitent de lui du travail, la promesse de ne pas devenir ou de ne pas rester membre du *Labor union* » (*ibid.*, p. 82).

⁶ Par lequel « elle a validé, sans se soucier des prescriptions contraires du *Clayton Act*, une injonction adressée par une Cour inférieure aux membres du bureau ou officiers d'une *Labor union* pour leur défendre de tenir secrète l'adhésion à leur association de travailleurs ayant consenti, lors de leur embauchage [sic], à promettre d'abandonner leur emploi, s'ils devenaient membres d'une union ; et tendant à donner ainsi au patron les moyens d'éliminer les syndiqués de son usine avant qu'ils ne soient en nombre pour s'opposer à cette expulsion » (*ibid.*, p. 83).

⁷ Par lequel la Cour « s'est opposée à l'application de l'acte du Congrès du 1^{er} septembre 1916 qui tendait à empêcher les industriels, par des moyens détournés, d'exploiter la main d'œuvre infantile » (*ibid.*, p. 83-84).

⁸ Le *Sherman Act* de 1890 est la première loi antitrust de l'histoire américaine.

mars 1920 dans l'affaire du trust de l'acier [*United States v. United States Steel Corporation*]. [...] elle a affirmé que la démonstration même de leur constitution initiale dans un but de destruction de la concurrence ne suffisait pas à les faire tomber sous le coup de la loi *Sherman* »¹. Par ailleurs, la jurisprudence a fini par « retourner contre les coalitions du travail l'arme forgée contre les coalitions du capital »² en interdisant deux pratiques syndicales : les boycottages, et les listes noires. Les opposants aux syndicats ont « soutenu que les *labor unions* étaient des ententes entre “vendeurs de travail” en vue d'élever le “prix de leur marchandise” ». La Cour suprême a consacré cette idée dans deux arrêts : *Danbury Hatter's case* (1908), *Bucks Stove and Range Co v. Gompers* (1911).

Finalement, pour Lambert, le contrôle est devenu, après 1883, « l'organe d'établissement et l'instrument d'exercice de la suprématie politique du pouvoir judiciaire. Il tend à assurer à la plus conservatrice des trois branches du gouvernement les moyens de régler, filtrer et endiguer l'activité des deux autres branches coordonnées »³.

Il précise enfin que si les autres pouvoirs voulaient mettre fin au gouvernement des juges, l'entreprise serait sans doute vaine. La seule façon d'agir serait de réviser la Constitution, mais alors que se passerait-il si la Cour suprême se reconnaissait aussi un pouvoir de contrôler les amendements à la Constitution ? L'arme de la révision serait « réduite à néant »⁴. Or, pour Lambert, ce droit au contrôle des amendements est bien le « dernier développement logique du contrôle judiciaire de constitutionnalité »⁵. Il s'intéresse ainsi à un débat doctrinal ayant opposé W. Marbury et W. Frierson, le premier soutenant le contrôle de la constitutionnalité des amendements⁶, le second s'y opposant⁷. Or, si Frierson a pu arguer que ce contrôle n'est pas prévu par la Constitution fédérale, Lambert remarque que le contrôle des *statutes* ne l'était pas non plus⁸.

Lambert passe ensuite à l'analyse de la réception de l'idée par la Cour et note que si dans *Rhode Island v. Palmer* 1920, elle a refusé d'examiner la constitutionnalité du 18^{ème} amendement, les juges « se sont préoccupés de ne rien dire, et même

¹ É. LAMBERT, *op. cit.*, p. 159.

² *Ibid.*, p. 160.

³ É. LAMBERT, *op. cit.*, p. 221.

⁴ A. LE PILLOUER, « Les contraintes d'un paradoxe : les lois constitutionnelles inconstitutionnelles. Réflexions à partir du cas indien », *Droits*, 2012/1, n°55, p. 115. On verra dans cet article que la question est tout à fait d'actualité : les révisions constitutionnelles sont notamment contrôlées par la Cour fédérale allemande (décision *Écoutes téléphoniques*, 15 décembre 1970), la Cour constitutionnelle italienne (décision du 29 décembre 1988), ou la Cour constitutionnelle turque (décision du 6 juin 2008).

⁵ E. LAMBERT, *op. cit.*, p. 111.

⁶ Celui-ci soutenait que si la Constitution fédérale prévoit une procédure spéciale pour sa révision, c'est pour assurer sa stabilité ; aussi, il n'est pas concevable que le peuple américain ait concédé à ses représentants le droit de détruire les bases fondamentales de la constitution. Voir W. MARBURY, « The Limitations Upon the Amending Powers », *Harvard law review*, 1919-1920, p. 223-235.

⁷ Voir W. FRIERSON, « Amending the constitution of US – A reply to M. Marbury », *Harvard Law Review*, mars 1920, 659-666.

⁸ É. LAMBERT, *op. cit.*, p. 113.

de ne rien laisser percer, qui préjugeât leurs propres opinions sur la nature et l'étendue de leur contrôle sur la constitutionnalité des amendements à la constitution »¹. Aussi, si les cours « n'ont exercé le contrôle de constitutionnalité que sur la régularité externe des amendements, elles n'ont jamais renoncé à l'étendre, le cas échéant, à la vérification de leur légalité interne »². Cela veut dire que, pour Lambert, la Cour s'est laissée cette possibilité au cas où elle devait faire face à un amendement qui serait directement dirigé contre elle³. Et la situation ne va pas changer : « une magistrature, certaine de la valeur de ses traditions et habituée de longue date aux plus hautes responsabilités sociales, ne saurait envisager elle-même l'hypothèse d'une révision de ses prérogatives politiques, quand elle occupe une situation constitutionnelle aussi forte et aussi stable que celle de la judicature américaine »⁴. Finalement, la situation est « comparable à celle que les parlements avaient, en face de la monarchie française, à la veille du coup d'État du chancelier Maupéou »⁵.

Après avoir exposé comment le gouvernement des juges était advenu, Lambert fait donc deux constats : d'une part, il a essentiellement servi le libéralisme économique ; d'autre part, la situation est sans issue. Or, ces deux éléments ne sont pas propres au système américain mais se retrouveraient dans n'importe quel pays qui consacrerait le contrôle de constitutionnalité des lois – à commencer par la France.

§ 2. Une portée universelle : « l'aristocratie de la robe »

Si Lambert intitule son dernier chapitre « Les leçons de l'expérience américaine », c'est qu'il considère que cette « expérience » ne parle pas pour elle-même mais permet de voir – et donc de faire voir – que la situation serait la même ailleurs, donc que le constat est « vrai pour tout pays »⁶.

Son analyse repose sur une sorte d'analyse sociologique des juristes en général, et de la magistrature en particulier – groupe professionnel qui présenterait toujours les mêmes caractéristiques, à commencer par un conservatisme marqué : « les cours de justice reflètent la mentalité moyenne de la profession légale qui, en tout temps et en tous lieux, a toujours été la mentalité sociale la moins perméable aux ferments révolutionnaires ou même réformistes »⁷.

Cette « mentalité légale » – en tant qu'idéologie professionnelle – aurait ceci de particulier qu'elle donnerait à la charge du juriste le caractère d'un sacerdoce : « le juriste apporte à la défense des dogmes traditionnels d'autant plus d'énergie qu'il

¹ *Ibid.*, p. 118.

² *Ibid.*, p. 119-120.

³ « Sur la route d'un amendement à la constitution fédérale qui tendrait à entamer le contrôle législatif du pouvoir judiciaire, surgiraient de multiples objections, toutes également décisives au point de vue des conceptions dominantes dans les cercles de la profession légale, et que l'appréciation de la valeur de ces objections serait soumise aux juges eux-mêmes que la pratique constitutionnelle investit du contrôle de la législation constitutionnelle aussi bien que de celui de la législation ordinaire » (*ibid.*, p. 123).

⁴ *Ibid.*, p. 127.

⁵ *Ibid.*, p. 127-128.

⁶ *Ibid.*, p. 223.

⁷ *Ibid.*, p. 222.

a conscience de lutter, non pas pour la sauvegarde de vulgaires intérêts personnels, mais pour la sauvegarde de sa foi et de son idéal professionnels »¹. Et l'on ne peut guère espérer de changement dans cette mentalité : « l'influence de l'éducation et de l'environnement, la discipline exercée par la crainte révérencielle de l'opinion des collègues et de celle des fidèles, l'aptitude de l'esprit de corps à plier les nouveaux venus sous sa règle uniforme de conduite se manifestent avec autant d'énergie sur cette prêtrise du droit, qu'est la magistrature, que sur n'importe quel autre clergé. Très démonstratif à cet égard est l'exemple américain »² ; car la situation est la même que les juges soient nommés ou élus.

De la même façon qu'elle l'est aux États-Unis, partout ailleurs, la situation serait insoluble car le juge se défendrait contre d'éventuelles restrictions de son pouvoir. Aussi, le contrôle de constitutionnalité des lois, « on peut avec quelque vigilance [...] l'empêcher de se glisser dans les constitutions. Mais, quand il y a pénétré, on ne saurait l'y maintenir dans un rôle limité, ni l'en extirper par des voies pacifiques et constitutionnelles »³. Le problème est bien sûr que, sitôt attaqués, les juges seraient « en état de résister même aux entreprises qui pourraient être tentées pour ébranler la suprématie judiciaire par l'organe officiel de révision de la Constitution », car ils pourraient procéder « à l'interprétation des lois constitutionnelles élaborées par cet organe d'amendement aussi bien qu'à celle des lois ordinaires »⁴.

Après avoir exposé la situation aux États-Unis, et présenté le gouvernement des juges comme une sorte de loi d'airain des régimes connaissant un contrôle de constitutionnalité des lois, Lambert envisage quelle pourrait être la situation en France si le contrôle y était introduit, dans le but de reconstruire la possibilité d'une décision politique.

Section 2. La (re)construction discursive du décidable

C'est dans une perspective wébérienne que se place Lambert (§ 2) lorsqu'il montre quels seront les effets du contrôle de constitutionnalité s'il était introduit en France (§ 1).

§ 1. Prospective : les effets du contrôle de constitutionnalité en France

a. Les effets sociaux

Lambert ne s'en cache pas, il a voulu voir – à la manière de Tocqueville⁵ – dans la situation américaine une préfiguration de ce qu'il adviendrait en France si le

¹ *Ibid.*, p. 223.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, p. 228.

⁴ *Ibid.*, p. 229.

⁵ Dans l'introduction de sa *Démocratie en Amérique*, Tocqueville précise : « Il me paraît hors de doute que, tôt ou tard, nous arriverons, comme les Américains, à l'égalité des conditions [...]. Ce n'est donc point d'ailleurs pour satisfaire une curiosité, d'ailleurs légitime, que j'ai examiné l'Amérique ; j'ai voulu y trouver des enseignements dont nous puissions profiter [...]. J'avoue que dans l'Amérique, j'ai vu plus que l'Amérique ; j'y ai cherché une image de la démocratie elle-même [...] ; j'ai voulu la connaître, ne fût-ce que pour savoir du moins ce que nous devons espérer ou craindre d'elle » (A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 2010, p. 40-41).

contrôle était introduit : « au moment où paraît s’amorcer cette évolution de notre pratique constitutionnelle, j’ai pensé qu’il pourrait être intéressant pour des hommes d’étude français de suivre le fonctionnement aux États-Unis du régime auquel elle conduit naturellement et d’observer les résultats qu’a donnés sur la terre américaine l’expérience qu’il semble que nous nous apprêtions à tenter à notre tour »¹.

Pour Lambert, le principal problème serait que la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 fasse partie des normes de référence du futur contrôle, car « la garde de la Déclaration de 1789-1791 fournira à notre magistrature les mêmes ressources que les *due process clauses* des constitutions américaines ont fournies aux juridictions des États-Unis pour l’établissement d’un contrôle sur la rationalité et l’opportunité des lois. Pour en faire sortir, contre la législation ouvrière ou sociale de l’avenir, un faisceau de condamnations constitutionnelles pour cause de violation des garanties promises à la liberté individuelle »².

Et à vrai dire, la situation en France serait peut-être pire qu’aux États-Unis : les juges français n’auront « même pas besoin de faire subir au mot “liberté” le travail d’interprétation fécondante auquel ont dû se livrer les juges des États-Unis. Car ce travail a été accompli d’avance par l’article 4 de notre Déclaration des droits qui proclame que “la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui” et en tire la conclusion que “l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a d’autres bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits” »³. Le juge français a ainsi déjà les armes pour lutter contre la législation sociale. Dans le même sens,

[...] la formule, si générale et si élastique, de l’article 2 de notre Déclaration des droits, qui affirme que “le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme”, permettra à nos juges de se glisser, plus aisément encore que ne l’on fait leurs collègues américains, sous le couvert de la constitution, la défense de la conception individualiste du droit, qui domine nos codes comme elle domine le *common law* anglo-américain⁴.

Finalement, c’est à un risque d’agitation sociale que l’on s’exposerait en France si le contrôle était introduit :

Les masses ouvrières, d’abord indifférentes à ce travail d’apparence trop technique de l’interprétation constitutionnelle et rassurées d’ailleurs sur sa destination par les étiquettes flamboyantes – constitution, déclaration des droits, droits individuels, droit naturel, loi fondamentale du pays – [...], ne commenceraient, sans doute, à s’émouvoir sérieusement de la gêne apportée à leur propagande réformatrice par le barrage constitutionnel [...] qu’à un moment où ce barrage serait déjà arrivé à un degré de consolidation assez avancé pour résister⁵.

¹ É. LAMBERT, *op. cit.*, p. 7.

² *Ibid.*, p. 226.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, p. 227.

⁵ *Ibid.*, p. 228.

b. Les effets politiques : le changement de nature de la constitution

L'essentiel de l'argumentation relève ici de la mise en garde : il s'agit de montrer que le contrôle n'aura pas seulement des effets sociaux, mais aussi des effets « constitutionnels » ou politiques, car avec l'avènement du gouvernement des juges, c'est la constitution elle-même qui change de nature.

Aussi, pour Lambert,

[...] l'exemple américain nous prouve que, dès que ce contrôle cesse d'être un simple rouage de l'organisation fédérale pour devenir un organe de surveillance du judiciaire sur le législatif et l'exécutif, il transforme radicalement *la nature même de la constitution* qui l'accueille. Aux constitutions bâties par les conventions ou les assemblées constituantes, il substitue des constitutions judiciaires, d'une extrême souplesse, qui s'enrichissent constamment d'éléments nouveaux par le jeu de la litigation constitutionnelle¹.

Dans le même sens – et dix ans plus tard – Carré de Malberg soutient que

[...] admettre que les tribunaux puissent mettre les lois hors d'application par cela seul qu'ils leur opposeraient des causes d'invalidation tirées de principes ou de préceptes dont ils seraient maîtres de dresser la liste et d'établir la supériorité en vertu de leur libre appréciation, ce serait, en réalité, leur conférer sur l'œuvre du législateur une faculté d'examen et de censure qui, finalement, ferait dépendre l'efficacité de toute cette œuvre de leur puissance discrétionnaire. Cette puissance deviendrait même illimitée : car il n'est guère de loi introduisant des innovations ou des réformes importantes qui, dans ces conditions, ne se prêterait à quelque contestation portant sur sa légitimité »².

Car dans ce cas, les juges pourraient « scruter la légitimité des lois en vue d'apprécier si, d'après leurs propres conceptions morales, sociales ou autres, elles méritent application »³.

Ainsi, la suprématie politique qu'obtiendraient les juges si le contrôle était introduit en France non seulement aurait de sérieuses conséquences au niveau social, mais conduirait même à un changement de la nature du régime politique.

§ 2. Science et politique : le modèle wébérien

Lambert joue le rôle du scientifique wébérien : il ne prend jamais position sur les fins mais se contente de donner des faits et de laisser à d'autres le soin de choisir : « dans quel sens penche la balance ? Du côté des avantages ou du côté des inconvénients ? C'est là une question que je laisse aux lecteurs le soin de décider. Je leur ai mis sous les yeux les pièces du dossier et, en particulier, les témoignages irrécusables que sont les arrêts constitutionnels des cours de justice américaines. A eux maintenant de juger »⁴.

¹ *Ibid.*, p. 228. Nous soulignons.

² R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi-expression de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 123.

³ *Ibid.*, p. 124.

⁴ É. LAMBERT, *op. cit.*, p. 221. Cette idée de laisser l'auditeur libre dans son choix est exposée par Weber dans « La profession et la vocation de savant », in *Le savant et le politique*, *op. cit.*, p. 94 : « que l'auditeur soit en état de trouver le point à partir duquel il peut *lui-même*, compte tenu de ses propres idéaux ultimes, prendre position à ce propos ». Les italiques sont de l'auteur.

C'est là une idée typiquement wébérienne selon laquelle il existe une exigence « qui s'impose au savant ou au professeur de *faire absolument la distinction* [...] entre la constatation des faits empiriques [...] et *sa propre* prise de position évaluative de savant qui *porte un jugement* sur des faits »¹. C'est pourquoi Lambert prend le soin de préciser : « j'ai entendu me borner à décrire aussi objectivement que je le pouvais les faits sociaux concrets que recouvre la théorie juridique américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Je me garderai de faire suivre ce dépouillement de textes de conclusions fermes, qui seraient nécessairement subjectives »².

Dans ces conditions, la science ne doit pas vouloir, la décision ne relevant pas de la science mais de la politique³ : « incliner cette confrontation [des fins et des moyens] jusqu'à la décision, cela n'est plus une tâche possible de la science, mais de l'homme doué de volonté : c'est lui seul qui délibère et qui choisit entre les valeurs en cause, en conscience et selon sa propre conception du monde »⁴. C'est là le fondement de la distinction entre l'homme de science et l'homme politique⁵.

Pour Weber « ce qui est immédiatement accessible à l'examen scientifique, c'est la question de la conformité des moyens quand le but est donné »⁶, l'homme de science pouvant ainsi prescrire les moyens les plus appropriés aux fins. Aussi, sans prendre position sur les fins, Lambert présente le contrôle de constitutionnalité comme « l'instrument de statique sociale *le plus perfectionné* auquel on puisse actuellement recourir pour brider l'agitation ouvrière et retenir le législateur sur la pente glissante de l'interventionnisme économique »⁷.

Lambert en vient ainsi à envisager quelles seront les réactions de ses lecteurs selon leurs affinités politiques. A droite, ses lecteurs

[...] qui pensent que la redoutable crise intérieure que nous traversons ne peut être surmontée que par une persistance inflexible dans nos traditions économiques du XIX^e siècle, trouveront dans la médiation de l'exemple américain d'excellentes raisons pour justifier leur croyance instinctive aux vertus du contrôle judiciaire lois. Ils y puiseront la démonstration par les faits de la parfaite aptitude de cette construction originale de la pratique américaine à nous fournir, par sa transplantation chez nous, le robuste corset de fer qu'ils estiment indispensable pour renforcer les cadres chancelants et crevassés de notre organisation sociale et y refouler les forces indisciplinées⁸.

À gauche,

¹ M. WEBER, *Essai sur la théorie de la science*, op. cit., p. 380.

² E. LAMBERT, op. cit., p. 236.

³ Car « porter un jugement sur la validité de cette sorte de valeurs est une affaire de foi [*Glauben*] [...], mais ce n'est certainement pas l'objet d'une science empirique » (M. WEBER, *Essai sur la Théorie de la science*, op. cit., p. 126).

⁴ M. WEBER, *Essai...*, op. cit., p. 123.

⁵ Voir M. WEBER, *Le savant et le politique*, op. cit.,

⁶ *Ibid.*, p. 123.

⁷ É. LAMBERT, op. cit., p. 224 (nous soulignons). Car « pour défendre l'ordre moral existant contre les défaillances et l'esprit de concession possibles des législatures à venir, on ne saurait, en effet, recourir à des gardiens plus efficaces que ne le sont les juges » (*ibid.*, p. 222).

⁸ É. LAMBERT, p. 221-222.

[...] l'examen des faits historiques que j'ai rassemblés dans cette étude conduira, sans doute, à des conclusions exactement inverses ceux des lecteurs qui considèrent comme dangereux pour un régime d'organisation sociale de n'ouvrir qu'avec trop de discrétion ces soupapes de sûreté que sont les réformes économiques et surtout d'en confier le réglage à ceux des membres de la communauté politique qui, à raison de leur éducation professionnelle et de la nature essentiellement statique de leurs fonctions, sont les moins portés à tolérer des innovations¹.

De même, pour Weber,

Nous [les hommes de science] pouvons déterminer, outre la réalisation éventuelle du but visé, les *conséquences* que pourrait entraîner l'emploi des moyens indispensables [...]. Nous donnons ainsi la possibilité de mettre en balance les conséquences voulues et les conséquences non voulues [...] et de répondre en même temps à la question : que coûte la réalisation du but désiré relativement aux sacrifices prévisibles d'autres valeurs ?

C'est ce qu'il appelle faire une « Critique technique »². Or, Lambert ne fait pas autre chose quand il précise que le contrôle entraînerait – et ce serait sans doute une conséquence imprévue – un changement de la nature de la constitution.

En réalité, il faut bien voir que cela ne sera pas seulement une conséquence imprévue, mais même un effet pervers tel que défini par Hirschman³, c'est-à-dire que le résultat sera *contraire* au but d'abord recherché : si le but du contrôle de constitutionnalité est de garantir la constitution, il s'agit de montrer que cette constitution sera radicalement transformée, qu'elle perdra son intégrité. Ce type d'argumentation semble particulièrement récurrent dans les moments où la possibilité d'une réforme se fait jour et qu'il s'agit de réagir contre⁴.

Nous le voyons, Lambert et Kelsen partagent les mêmes présupposés déontologiques⁵. Mais si pour Kelsen, le contrôle de constitutionnalité est *seulement* un moyen permettant de rendre la constitution obligatoire – ce que Lambert ne conteste pas – pour Lambert, il aura bien d'autres effets : socio-économiques et politico-constitutionnels. On voit ainsi qu'il existe une possibilité assez large de jouer

¹ *Ibid.*, p. 230.

² *Ibid.*

³ Il s'agit de « démontrer que les moyens envisagés ou mis en œuvre [...] sont mal conçus [...], d'avancer que l'action ainsi menée aboutira, par un enchaînement de conséquences non voulues, à un résultat qui sera *exactement à l'opposé* du but recherché ». (A.O. HIRSCHMAN, *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, Paris, Fayard, 1991, p. 27). Par ailleurs, et cela se retrouve bien avec la généralisation de l'exemple américain par Lambert, cette rhétorique tend à « donner l'impression que les circonstances dans lesquelles se manifeste l'effet pervers sont réellement omniprésentes » (*ibid.*, p. 64).

⁴ On le voit avec cet exemple, la connotation du mot « réactionnaire » pose problème et il peut paraître tout à fait étrange de qualifier Lambert – qui est bien de gauche – de « réactionnaire ». Aussi, comme le suggérait Mme Champeil-Desplats, il vaudrait sans doute mieux parler de « rhétorique réactionnelle ». Hirschman lui-même semblait regretter cette connotation : « pour le travail que j'entreprends ici, la connotation dépréciative qui s'attache ici aux mots "réaction" et "réactionnaire" est regrettable, car j'eusse aimé pouvoir les employer sans risquer d'introduire à tout moment un jugement de valeur » (*ibid.*, p. 26).

⁵ Voir *supra* pour Kelsen (part. I, chap. 1, sec. 3).

sur le rapport des moyens aux fins (pour Kelsen comme pour Lambert, le contrôle n'est qu'un moyen, mais les fins envisagées sont radicalement différentes) ; tout comme sur l'exposition des faits (car Lambert apporte bien des faits que Kelsen n'apportait pas).

Le résultat du travail de Lambert, est que la question se trouve politisée : il a exposé les conséquences sociales et économiques qu'entraîneraient le contrôle de constitutionnalité – et sans prendre position. L'institution n'est alors plus neutre : elle est devenue une institution conservatrice, qui devrait donc être rejetée par les progressistes. Désormais, une décision politique est possible et même nécessaire, tant la question est devenue grave. Le contrôle n'est plus vrai, il ne peut plus être *su* mais seulement *voulu*¹.

Section 3. La question de la réception

Comme avec le discours technico-juridique, nous entendons traiter le discours pragmatico-juridique comme un acte de langage. Il faut donc, ici encore, ce que pourrait être sa réussite ou son échec. Nous considérerons que le discours pragmatico-juridique a pour fonction de permettre l'existence d'un discours – qui serait alors tenu par d'autres que les professeurs de droit – et d'une décision politique.

Aussi, concernant le discours, nous pourrions considérer que l'acte de langage est réussi si le discours dominant dans le champ doctrinal devient un discours politique. Nous verrons au chapitre 3 que sur ce point, l'acte de langage est un échec – ce qui ne veut pas dire, nous le verrons tout de suite (§ 1), qu'il n'a eu aucun effet.

Concernant la décision, étant donné que Lambert – malgré son apparente neutralité – plaide contre l'introduction du contrôle², nous devons considérer que l'acte de langage est réussi si celui-ci n'est pas introduit, et si ce refus d'introduction est motivé pour des raisons politiques. En ce sens, l'acte de langage est réussi (§ 2).

§ 1. La réception dans le champ doctrinal

Dans le champ doctrinal, le principal effet du *Gouvernement des juges* est la conversion de Jèze qui en 1924, publie un article dans lequel – même s'il ne renonce pas pour autant à l'argumentation logico-juridique et herméneutico-juridique – il admet que la question est, finalement, politique. Aussi, si « *par sa nature juridique*, la loi ne répugne pas au contrôle juridictionnel [...], une autre question est celle à

¹ En 1931, Carré de Malberg soutiendra qu'une décision du pouvoir constituant est nécessaire, et « d'autant plus nécessaire qu'une réforme de cette sorte aurait une portée singulièrement profonde : car elle modifierait entièrement le concept fondamental qui a fait qu'en 1875, nos constituants, s'abandonnant à la puissance future du Parlement, envisagé comme l'organe qui exprime la volonté générale, ont réduit leur œuvre à n'être qu'un minimum de Constitution » (R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi-expression de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 125).

² Car le discours pragmatico-juridique n'envisage jamais la question que du point de vue de l'introduction du contrôle.

savoir s'il est bon *politiquement*, socialement qu'un contrôle juridictionnel existe »¹.

Toutefois, à la différence de Lambert, il ne craint pas tant la constitutionnalisation de la Déclaration des droits de l'homme, que la consécration des théories de la supraconstitutionnalité développées par Duguit et Hauriou. Aussi, c'est principalement contre ces deux auteurs qu'il écrit son article. Car si ces théories étaient consacrées, il n'y aurait « pas de loi sociale, fiscale, scolaire, religieuse, qui ne pourrait être écartée par des juges subtils »².

Ainsi, il a non seulement compris que la question juridique se doublait d'un volet politique, mais il a aussi retenu de Lambert que les juges pouvaient se livraient à des interprétations très « libres »³. Il cite ainsi Lambert pour soutenir avec lui que si l'on suppose « des tribunaux ou même simplement une cour suprême, animés d'un esprit hostile aux réformes démocratiques, sociales ou fiscales », on verra que

[...] sous prétexte de contrôle de la constitutionnalité intrinsèque des lois, ces tribunaux, cette Cour auraient le pouvoir redoutable et souverain de mettre en sommeil, pour des arguties juridiques, toutes les lois réalisant des réformes de ce genre. Ce serait le gouvernement des juges [...], d'un corps inamovible et irresponsable, suspect, par ses origines et le milieu social où il est recruté, de se poser en défenseur des privilèges des classes possédantes⁴.

En 1929, Duez publie un article dans les *Mélanges Hauriou*⁵, dans lequel il rend hommage à Lambert en reconnaissant que – outre la question logico-juridique et herméneutico-juridique – *Le Gouvernement des juges* « a mis en lumière un tout autre aspect du problème : le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois ne s'apparente pas seulement au libéralisme politique : il est étroitement lié à l'évolution de la question sociale »⁶. Duez considère avec Lambert que, fondamentalement, la question est politique : « on mesure l'erreur de perspective commise par ceux des publicistes qui veulent traiter la question uniquement comme un problème de technique juridique [...]. Derrière le problème, il y a toute la question sociale »⁷.

A l'instar de Jèze, il ne rompt pas totalement avec les jeux de langage logico- et herméneutico-juridique – puisqu'il prend le temps de retracer le débat pour en conclure qu'en droit, le contrôle est fondé et doit avoir lieu (bien qu'il soutienne

¹ G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », art. cité, p. 403. Les italiques sont de l'auteur.

² *Ibid.*, p. 421.

³ « L'aptitude et l'habileté des légistes à justifier toutes les solutions est un phénomène historique universel et bien connu » (*ibid.*).

⁴ *Ibid.*, p. 421-422.

⁵ P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France – Comment il convient de poser la question », in *Mélanges Hauriou*, 1929. On voit que, dès le titre, Duez entend modifier – ou plutôt contribuer – à la modification de la façon dont la question était traitée auparavant, il entend parler d'une autre façon.

⁶ *Ibid.*, p. 216.

⁷ *Ibid.*, p. 217.

que ce contrôle a toujours été repoussé par les tribunaux) – mais finit par considérer qu’« une fois résolu le problème juridique, subsiste le problème capital, le problème de science politique, d’art constitutionnel »¹. Il pense également avec Lambert que le contrôle de constitutionnalité conduirait, en France, à un « bouleversement constitutionnel »² car l’équilibre des pouvoirs des pouvoirs serait entièrement transformé, les juges se trouvant « mêlés à nos luttes politiques comme les parlementaires »³.

La différence avec Lambert est que Duez prend explicitement parti contre le contrôle de constitutionnalité qui entraînerait une politisation de la fonction du juge, et – afin de surmonter l’opposition juridictionnelle – de trop nombreuses révisions constitutionnelles.

§ 2. La réception hors du champ doctrinal

Il faut ici s’en tenir aux conclusions du commissaire Latournerie car, dans ses interviews, Georges Suarez ne pose jamais la question des effets économiques, sociaux et politiques : au cours de ces entretiens, le discours demeure technique, dépolitisé et doxique. Cela constitue sans doute un échec pour Lambert, mais non un échec d’un acte de langage, puisque, à l’instar de Carré de Malberg⁴, il n’a pas pu parler.

En réalité, bien qu’il ne cite jamais directement le *Gouvernement des juges*, Latournerie a bien compris que l’un des principaux problèmes du contrôle de constitutionnalité était qu’il risquait de tourner l’opinion – non l’opinion « publique », mais bien celle des autres autorités juridico-politiques – contre le juge.

Finalement – et c’est l’ultime argument de Latournerie – en consacrant le contrôle de constitutionnalité, le Conseil d’État risquerait de perdre le pouvoir qu’il a lentement acquis⁵ : « si [...], malgré les progrès qu’il a fait dans l’étendue de son contrôle, le juge, et en particulier le juge de l’excès de pouvoir, a désarmé les préjugés qui avaient fait tenir en suspicion la magistrature de l’époque intermédiaire, ce serait, semble-t-il, une entreprise non moins vaine que dangereuse que de l’en-

¹ *Ibid.*, p. 243.

² *Ibid.*, p. 247.

³ *Ibid.*

⁴ Voir *supra* (part. II, chap. 3).

⁵ On peut voir ici, après la thèse des effets pervers, un autre exemple de rhétorique réactionnelle : la thèse de la *mise en péril* qui consiste à « affirmer que le changement en question, bien que peut-être souhaitable en principe, entraîne tels ou tels coûts ou conséquences inacceptables [...], [que] le progrès dans les sociétés humaines est chose si problématique que tout nouveau “pas en avant” porte gravement atteinte à une ou plusieurs conquêtes [...] antérieures » (A.O. HIRSCHMAN, *op. cit.*, p. 137-138, 141).

gager à risquer, par de telles tentatives de contrôle, tout l'acquis de la jurisprudence »¹. Il finit ainsi par rejeter le jeu logico-juridique – tout en lui rendant hommage : « il faut se résigner [...] aux dépens de l'harmonie des plus belles constructions juridiques »².

Il faut remarquer qu'aucun professeur de droit ne développe une telle argumentation « stratégique » ; c'est qu'ils sont dans une toute autre logique : une logique scolastique. Cette logique – et donc cet habitus particulier – permet de ne pas poser la question des conséquences pratiques mais de demeurer dans la spéculation et le plaisir intellectuel des « belles constructions juridiques »³.

Le contrôle de constitutionnalité se trouvant, suite au travail de Lambert, déneutralisé, il faudra tout un travail argumentatif pour permettre une re-neutralisation de l'institution.

¹ « Conseil d'État, 6 nov. 1936 », art. cité, p. 7. Laurent Seurot note que « cette inquiétude ancienne est demeurée, comme en témoigne le commissaire du gouvernement Frydman qui, s'adressant au Conseil d'État dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo*, évoque une “philosophie jurisprudentielle [...] selon laquelle le contrôle que vous exercerez sur l'action administrative pourra s'avérer d'autant plus efficace que vous parviendrez, parallèlement, à éviter tout conflit avec le législateur” » (L. SEUROT, « L'exception d'inconstitutionnalité des lois et la doctrine du Conseil d'État », *VIIIe Congrès français de droit constitutionnel*).

² *Ibid.*

³ Comme le note Bourdieu : « La situation scolastique [...] est un lieu et un moment d'apaisement social [...], de retrait hors du monde » (P. BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, *op. cit.*, p. 28, 31).

Chapitre 3. Opposition et jeux de langage

Les défenseurs du contrôle de constitutionnalité devront réfuter Lambert, le contredire, non seulement dans le jeu pragmatico-juridique (sec. 1), mais aussi dans le jeu logico-juridique (sec. 2).

Section 1. L'opposition dans le jeu pragmatico-juridique

Ici ce sont, non des principes ou des textes, mais des faits objectifs qui constituent l'enjeu de lutte. En réalité, il ne s'agit pas pour les contradicteurs de Lambert de nier ce qu'il a dit, mais simplement de conférer à ces faits un statut différent de celui que leur conférait Lambert.

Aussi, certains auteurs opposeront à Lambert une argumentation tendant à relativiser son constat – qui ne parlerait alors plus que pour les États-Unis – en usant notamment du droit comparé pour présenter la situation comme spécifique aux États-Unis (§ 1) par opposition aux spécificités françaises (§ 2).

§ 1. La relativisation de l'expérience américaine

Après avoir vu son usage dans le jeu logico-juridique¹, nous rencontrerons ici un deuxième emploi de l'argument comparatiste, cette fois-ci dans le jeu pragmatico-juridique. Le but est alors de montrer que les effets concrets que produit le contrôle de constitutionnalité aux États-Unis ne se retrouvent pas nécessairement dans d'autres pays, mais tiennent à ses caractéristiques propres. En un mot : ces effets ne sont pas nécessaires, mais contingents.

Dans ce sens, Leblanc commence par remarquer qu'il n'y a aucun lien nécessaire entre contrôle de constitutionnalité des lois et gouvernement des juges puisque ce dernier n'est apparu que dans les années 1880-1890 (alors que le contrôle apparaît avec l'arrêt *Marbury* en 1803) : « c'est un fait constaté par l'auteur lui-même que jusqu'en 1880 il n'a été fait aucun abus de la faculté laissée au juge [...]. Mais alors, ne peut-on pas dire que ce n'est point le principe qui est mauvais, puisque pendant 80 ans on n'a pas eu à s'en plaindre, mais que seule son application s'en est trouvée faussée par le 14^{ème} amendement à la Constitution ? »². De même, pour Blondel, l'argument de Lambert

[...] ne porte que sur un usage abusif de ce contrôle judiciaire. La preuve, c'est que ces critiques [...] ne datent que d'une vingtaine d'années ; c'est précisément autour de cette date que notre contrôle a été démesurément et abusivement étendu à l'examen de la "rationalité" et de l'opportunité politique des statuts. Cette extension [...] est tout à fait condamnable : elle n'a plus aucune base juridique³.

A cette relativisation temporelle, s'ajoute une relativisation géographique puisque « lorsqu'on jette les yeux non plus sur les EU, mais sur d'autres pays qui ont adopté le même principe, comme la Norvège, la Grèce, ou jusqu'à tout récemment, la Roumanie »⁴, on ne trouve aucun gouvernement des juges.

¹ Voir *supra* (part. I).

² J. LEBLANC, *op. cit.*, p. 37.

³ A. BLONDEL, *op. cit.*, p. 120.

⁴ J. LEBLANC, *op. cit.*, p. 137.

Aussi, en réalité, non seulement le gouvernement des juges n'est pas une conséquence nécessaire du contrôle de constitutionnalité, mais il est même *l'exception du principe* : « ces extensions [du pouvoir des juges] illégitimes paraissent ne devoir être que passagères »¹. Finalement, « s'il nous faut porter un jugement d'ensemble sur cette institution, maintenue dans ses cadres normaux, nous pouvons dire qu'elle est bonne »².

Duguit soutient également que les inconvénients du contrôle de constitutionnalité « proviennent bien moins du système lui-même que de la manière dont le pratiquent les tribunaux américains et de leur mode de recrutement. Au demeurant, les avantages sont de beaucoup supérieurs aux inconvénients, et cela suffit pour qu'on en demande l'application dans notre pays »³.

Dans le même sens, Hauriou développe toute une argumentation tendant à opposer les pays sans régime administratif et les pays avec régime administratif⁴, et donc les États-Unis à la France. Pour lui, « il apparaît clairement que si, aux États-Unis, le contrôle de constitutionnalité a dégénéré en un *gouvernement des juges*, c'est à cause de l'absence de régime administratif »⁵. Il en arrive ainsi – en ajoutant cette clef de lecture – à modifier entièrement la portée de l'ouvrage de Lambert bien qu'il étudie la situation américaine en prenant « pour guide le travail de Lambert »⁶. Il peut alors soutenir que « cette hypertrophie du pouvoir judiciaire américain tient à cette cause déterminante : les pays anglo-saxons en général et l'Amérique en particulier sont restés d'*ancien régime* en ce sens que, chez eux, le juge n'a pas été dépouillé de ses anciens pouvoirs de police par l'institution d'un régime administratif »⁷. A cette particularité générale du système américain, s'ajoutent deux autres éléments : le *common law*⁸, et l'éducation juridique⁹.

Cette argumentation permet de réduire le cas américain à une « perversion » entièrement circonscrite du contrôle de constitutionnalité, et de lui opposer la situation française dont les spécificités empêcheraient une dérive vers le gouvernement des juges.

¹ *Ibid.*, p. 121.

² A. BLONDEL, *op. cit.*, p. 123.

³ L. DUGUIT, *Traité...*, vol. 3., *op. cit.*, p. 725.

⁴ Il entend par « pays avec un régime administratif », les pays connaissant une dualité des ordres de juridiction : administratif et judiciaire.

⁵ M. HAURIOU, *Précis...*, *op. cit.*, p. 272.

⁶ *Ibid.*, p. 273.

⁷ *Ibid.*, p. 278.

⁸ « Le droit américain est *judge made* [...], il l'est par sa partie coutumière [...], il l'est aussi par sa partie légale en ce qui concerne le *statute law*, parce que, par entraînement, les juges américains traitent la loi écrite avec la même liberté que la coutume ». En plus, la loi écrite « n'a jamais été consolidée par une codification, les textes épars sont submergés et engloutis rapidement par l'interprétation jurisprudentielle constructive » (*ibid.*, p. 278).

⁹ « Cette mainmise du juge sur la loi est encore aggravée, ainsi que le remarque Lambert, par la méthode d'enseignement du droit suivie dans les universités » (*ibid.*).

§ 2. Les spécificités françaises

Pour Hauriou, nous l'avons dit, la différence déterminante entre les systèmes juridiques français et américains est que le système français connaît une dualité des ordres de juridictions. Or, au sujet de l'existence de ce régime administratif, il note qu'il n'a pas été assez remarqué

[...] qu'il réalise par contrecoup une certaine séparation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire et que, par conséquent, il affranchit la loi de la domination exclusive du juge en enlevant à celui-ci, pour la donner à l'autorité exécutive, tous les pouvoirs de mise en train de la loi [...], et en enfermant le juge rigoureusement dans l'interprétation contentieuse des cas particuliers ¹.

En effet, les juges français n'ont pour fonction que d'appliquer la loi et ne peuvent plus – depuis la Révolution – l'enregistrer, ni donc refuser de l'enregistrer.

À cela, s'ajoute que le fait que « nos tribunaux et nos cours de justice ne sont pas liés par leur propre jurisprudence, à la différence des cours anglo-saxonnes »². Dès lors, Hauriou peut soutenir que la jurisprudence ne crée pas de droit, et que le « large pouvoir régulateur de la Cour de cassation ne doit pas être interprété comme transformant notre droit en un *law judge made* »³

Finalement, « cette situation diminuée du juge [...] nous permet d'introduire dans notre pratique le contrôle de constitutionnalité des lois sans avoir à redouter les excès du gouvernement des juges »⁴. Hauriou conclut en ajoutant que la dualité des ordres de juridiction, non seulement empêche l'apparition du gouvernement des juges, mais permettrait aussi une jurisprudence de qualité, elle serait une « garantie de modération et de pondération dans l'interprétation des principes constitutionnels »⁵.

Dans le même sens, Leblanc – reprenant Lambert – isole deux raisons qui ont conduit les États-Unis au gouvernement des juges : le pouvoir d'injonction, et la culture du *case law*. Il peut alors opposer qu'« en France, le juge ne peut adresser aucune injonction aux agents de l'administration ; et par sa formation, il a été élevé dans le respect de la loi »⁶.

De son côté, Berthélémy insiste sur le fait que, contrairement à ce que redoute Lambert, les juges français ne peuvent se servir de la Déclaration des droits de l'homme : « La Déclaration des droits de l'homme n'a plus aucune valeur constitutionnelle. Nous n'avons rien à craindre du "gouvernement des juges" »⁷.

¹ *Ibid.*, p. 279.

² *Ibid.*, p. 280. « Le juge français est enfermé à perpétuité dans le contentieux [...], dans la relativité de la chose jugée, et il n'y a aucune chance pour qu'il s'élève jamais jusqu'à la création de règles générales » (*ibid.*, p. 281).

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, p. 281.

⁵ *Ibid.* Car « souvent, la Cour de cassation et le Conseil d'État auraient à se prononcer sur les mêmes cas d'inconstitutionnalité : ils auraient le souci légitime de mettre d'accord leurs jurisprudences et cet accord se réaliserait dans le juste milieu le plus raisonnable » (*ibid.*).

⁶ J. LEBLANC, *op. cit.*, p. 38.

⁷ H. BERTHÉLÉMY, 1925, p. 369.

Ainsi, après avoir relativisé l'expérience américaine, les auteurs favorables au contrôle ont pu invoquer des spécificités françaises qui permettraient d'éviter en France le gouvernement des juges. Ils peuvent alors en revenir aux principes du jeu logico-juridique.

Section 2. L'opposition du jeu logico-juridique

Dans le jeu logico-juridique, une bonne partie de l'argumentation tend à re-neutraliser le juge (§ 1), puis à revenir aux principes logiques (§ 2).

§ 1. De la *doxa* à l'orthodoxie : la neutralisation du juge

L'essentiel des occurrences d'une argumentation portant sur la neutralité politique du juge – et tendant à la démontrer – apparaît après la parution du *Gouvernement des juges*. C'est le signe d'un passage de la *doxa* à l'orthodoxie : avant 1921, c'est un présupposé implicite¹, après 1921, ce présupposé doit s'explicitier.

Il faut préciser que cette argumentation se retrouve pour défendre le pouvoir du juge ordinaire, mais également en faveur du contrôle centralisé, effectué par une juridiction spéciale. En tout état de cause, il s'agit de montrer que la fonction de contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas un acte politique mais juridictionnel².

Ainsi, Kelsen³ s'évertue-t-il à défendre l'idée que l'annulation d'une loi n'est pas un acte politique mais est « absolument déterminée par la Constitution »⁴. Il est toutefois bien obligé de reconnaître qu'« annuler une loi, c'est poser une norme générale ; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection »⁵. L'organe juridictionnel chargé d'annuler les lois inconstitutionnelles est alors qualifié de « législateur négatif ». Or, un tel législateur négatif ne faisant en réalité qu'appliquer la Constitution, il n'a pas de fonction politique : « les considérations politiques qui dominent la question de la formation de l'organe législatif n'entrent proprement pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de l'annulation des lois »⁶, en effet « l'annulation des lois se produit essentiellement en application des normes de la Constitution, l'organe juridictionnel spécial n'a alors qu'une mission purement juridique d'interprétation de la Constitution »⁷. Dès lors, la fonction de

¹ Voir *supra* (part. I, chap. 2).

² Nous retrouvons ici le présupposé de l'interprétation-connaissance : le politique et le juridique sont perçus (et construits) comme antinomiques.

³ Comme nous l'avons dit, l'intervention de Kelsen dans le débat français n'est qu'une traduction de sa communication faite à Vienne en 1928. Aussi, ses conceptions dépendent davantage du contexte doctrinal allemand que français : il répond à Triepel qui soutenait qu'une cour centralisée était, contrairement au juge ordinaire, nécessairement politique. Néanmoins, il y a lieu de s'y intéresser ici car, peu importe à qui il *répond*, ses énoncés font partie du débat français. Encore une fois, il s'agit de considérer les énoncés et non les auteurs.

⁴ H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle...*, art. cité, p. 226.

⁵ *Ibid.*, p. 224.

⁶ *Ibid.*, p. 226.

⁷ *Ibid.*

cet organe « ressemble à celle de tout autre tribunal », dans ce sens où la décision n'est pas fonction d'une quelconque volonté¹.

Si l'on passe du côté de la défense du droit au contrôle du juge ordinaire, on retrouve une argumentation largement similaire chez Leblanc, pour qui il existerait bien un mode de décision propre aux juridictions :

[...] en tout cas, dira-t-on, l'examen des lois par les tribunaux, eu égard à la constitution, fera pénétrer ceux-ci dans tous les grands problèmes politiques posés par la Constitution. [...] Certes, ils trancheront des problèmes politiques ; mais ils les trancheront sous la forme juridictionnelle, lorsqu'un litige se présentera à eux. Quand le texte sera clair, quelles que soient leurs opinions politiques, ils seront obligés de trancher ce litige selon un sens précis. S'il ne l'est pas, ils l'interpréteront, en s'efforçant de retrouver la volonté du législateur constituant².

De son côté, Hauriou veut prendre « des précautions pour que son rôle [être juge de la constitutionnalité des lois] ne l'entraîne pas dans la politique, c'est-à-dire, en l'enfermant rigoureusement dans le contentieux »³. Ce qui signifie qu'il est possible – contrairement à ce que soutenait Lambert – de maintenir le juge dans sa fonction, même en matière de contrôle des lois.

La crainte était que le contrôle de la constitutionnalité des lois par le juge le ferait entrer en politique, violant ainsi le principe de la séparation des pouvoirs. C'est pour Duguit une « erreur originelle » qui remarque « qu'en partant du principe de la séparation des pouvoirs, les Américains ont reconnu aux tribunaux le droit d'apprécier l'inconstitutionnalité des lois, et qu'en partant du même principe, on leur a ici refusé ce droit », or « il n'est pas douteux que ce sont les Américains qui sont dans le vrai »⁴.

Nous le voyons, malgré l'explicitation, l'idée – issue de celle de l'interprétation-connaissance – que le juge ne fait pas de politique mais exerce une action proprement juridique n'est finalement – et malgré Lambert – toujours pas justifiée. Cela veut dire que l'un des éléments de sa dimension doxique demeure : elle relève toujours de la croyance.

§ 2. Le retour des principes logiques

a. La nouvelle vertu analogique

Alors qu'elle avait pu servir à fonder logiquement la nécessité du contrôle de constitutionnalité, l'analogie faite entre le rapport loi/constitution et loi/règlement peut aussi permettre de défendre le juge et de le présenter comme neutre.

Une fois explicitée la neutralité du juge, on peut ainsi soutenir que le juge ne fait pas de politique quand il contrôle la constitutionnalité d'une loi puisqu'il ne fait que trancher un conflit de normes. Cela permet à Berthélémy de dire que « les

¹ Comme le remarque Michel Troper dans M. TROPER, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », art. cité, p. 186.

² J. LEBLANC, *op. cit.*, p. 41-42.

³ M. HAURIOU, *Précis...*, *op. cit.*, p. 268.

⁴ L. DUGUIT, « La commission d'enquête de la chambre et le serment », *Le Temps*, 19 nov. 1925, p. 3.

tribunaux, en refusant d'appliquer une loi inconstitutionnelle n'entrent pas en conflit avec le corps législatif. Il n'y a pas conflit de pouvoirs ; il y a conflit de lois, et ce conflit de lois ne peut être raisonnablement tranché que par l'observation de la loi dont l'autorité l'emporte »¹.

En 1925, il formulera plus précisément l'analogie : « de même qu'on est d'accord pour dire que la justice n'empiète pas sur le rôle de l'administration lorsqu'elle refuse de sanctionner un règlement illégal, on doit l'être pour affirmer qu'elle n'empiètera pas sur le pouvoir législatif si elle refuse de sanctionner une loi inconstitutionnelle »². Et il répètera presque la même formule lors de son entretien avec George Suarez³.

Cette argumentation analogique a pour fonction de détruire l'argumentation de Lambert qui n'attaquait pas frontalement l'idée que le juge se livre généralement à une interprétation cognitive. En réalité, pour Lambert, ce n'est que lorsque le contrôle de constitutionnalité est introduit que le juge commence à faire de la politique.

b. La hiérarchie des normes

Une fois le juge à nouveau neutre, c'est le principe de la hiérarchie des normes qui peut faire son retour. Il faut remarquer qu'il n'avait pas été non plus attaqué par Lambert : il n'opposait rien à l'idée qu'il puisse y avoir des normes supérieures les unes aux autres, ni à celle qu'il faille traiter la Constitution comme une norme juridique. Aussi, si l'on soutient à nouveau que le juge est neutre politiquement (qu'il ne fait que se livrer à une activité de connaissance) il peut à nouveau rendre effective cette hiérarchie.

Dans ce sens, Leblanc soutient que « c'est une erreur [...] de croire que ce sont les tribunaux qui arrêteront ces réformes ; ce sera la Constitution. Et alors se pose une question tout autre que celle que nous envisageons : est-il bon, est-il mauvais d'avoir une Constitution ? »⁴.

De même, Duguit, malgré ses convictions politiques progressistes, soutient – et l'on doit sans doute louer sa cohérence sur ce point – que l'exercice du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis, *même tel que le décrit Lambert*, n'est que l'application du droit objectif supralégal et supraconstitutionnel⁵ : « la Cour suprême [...] reconnaît et sanctionne un droit supérieur dont j'ai souvent affirmé l'existence, qui s'impose à tout législateur et dont, à leur honneur, les juristes américains sont unanimes à reconnaître l'existence et la force »⁶.

Ainsi, les contradicteurs de Lambert ont pu lui opposer des arguments dans le cadre de deux jeux de langage différents afin de détruire la portée de sa thèse, de dépolitiser à nouveau le débat, et de re-neutraliser l'institution du contrôle de constitutionnalité.

¹ H. BERTHÉLÉMY, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », art. cité, p. 54.

² H. BERTHÉLÉMY, « Les limites du pouvoir législatif », art. cité, p. 358.

³ « Ils [les juges] n'empiètent pas plus sur le pouvoir législatif qu'ils n'empiètent sur le pouvoir de l'administration en refusant d'appliquer un règlement illégal », « La commission d'enquête de la chambre et le serment », *Le Temps*, 15 nov. 1925, p. 4.

⁴ J. LEBLANC, *op. cit.*, p. 40.

⁵ Voir *supra* (part. I, chap. 1, sec. 1).

⁶ L. DUGUIT, *Traité...*, *op. cit.*, 3^e éd., vol. 3, p. 730.

Conclusion de la troisième partie

Il faut ici remarquer l'aisance avec laquelle l'exemple américain a pu être réduit à n'être qu'un cas exceptionnel, c'est-à-dire, en réalité, à n'être plus l'exemple de rien. Car le véritable problème de Lambert, c'est qu'il veut donner à son constat une valeur universelle, mais en utilisant une règle « sociologique » dont il est le seul à reconnaître la validité, d'autant que sa règle, sorte de loi d'airain, n'est fondée que sur un seul exemple.

Ce mode de destruction de l'argumentation lambertienne était sans doute inévitable, car une règle sociologique est par nature fondamentalement différente d'une règle logique. Une règle logique n'est pas autrement fondée que logiquement, elle n'est pas de ce monde et c'est pour cela qu'elle produit des vérités nécessaires et permanentes. A ce titre, on peut opposer autant d'exemples que l'on veut à une règle logique, sa validité demeure¹.

A l'inverse, une règle sociologique est fondée dans ce monde-ci, dans le monde des faits, le monde sensible. Cela signifie qu'il est possible de lui opposer valablement des exemples, et aussi de contester le lien qui unit le fait à la règle.

Cela veut dire qu'une règle sociologique, parce que fondée sur des faits, peut toujours être ramenée à la contingence, alors qu'une règle logique est, par nature, permanente. En ce sens, la validité logique du contrôle de constitutionnalité suffit à en faire un principe général dont l'application est nécessaire en France. Cette idée est présente chez de nombreux auteurs, mais jamais elle n'est aussi clairement exprimée que par Blondel :

Ne peut-on pas soutenir [...] que cette pratique judiciaire n'est pas d'une époque ou d'un pays, mais que, certaines conditions très générales réalisées, elle s'impose comme une solution rationnelle et équitable, dans tout gouvernement constitutionnel, parvenu à un stade vraiment "*juridique*" [...]. La plupart des arguments juridiques, invoqués par les auteurs de droit public américain eux-mêmes, valent pour tous les pays².

¹ En ce sens, Wittgenstein donnait un exemple pour montrer que le monde de la logique est bien un autre monde : « nous disons que des hommes condamnent un homme à mort, et nous disons que la Loi le condamne à mort. "Bien que le jury puisse l'acquitter, la Loi ne le peut" » (L. WITTGENSTEIN, *Leçon sur l'esthétique*, op. cit., § 26).

² A. BLONDEL, op. cit., p. 9. Les italiques sont de l'auteur.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Au terme de cette étude, nous avons vu comment le jeu de langage technico-juridique avait pu fonder la *vérité* du contrôle de constitutionnalité des lois. Nous avons vu comment Lambert et son jeu pragmatico-juridique avaient tenté de briser la *doxa*, puis comment sa thèse avait pu être relativisée pour assurer un retour des principes logiques.

Nous avons aussi pu apprécier ce que l'on pouvait gagner en adoptant une méthode d'analyse qui rejetait la notion d'auteur, et qui, plus généralement, rompait avec une certaine idée de la souveraineté du Sujet, notamment en faisant apparaître des « façons de parler » préexistantes, des cadres dans lesquels les membres de la doctrine doivent s'insérer.

De même, en traitant la question de l'interprétation doctrinale des textes sur le mode du jeu, c'est-à-dire en ayant une vision collective, nous avons pu rompre avec une autre forme de subjectivisme, « l'individualisme épistémique » qui considère toujours les interprètes comme seuls¹. Au contraire, en les considérant comme un champ doctrinal, les interprètes se trouvent placés dans une communauté qui exercent une forme de contrainte sur ses agents.

On pourrait aussi aller plus loin et se permettre de présenter des pistes de réflexion. Par exemple, le concept de jeu de langage et ses corollaires (la certitude constitutive et le doute possible) nous a permis de mettre au jour certains présupposés essentiels au jeu de langage, et donc à la pratique juridique. Aussi, concernant les textes, il semble possible d'utiliser la notion pour proposer une méthode d'analyse complémentaire de la théorie réaliste de l'interprétation. En effet, une fois passé le rejet d'une croyance en la détermination des textes, il importerait de voir, à un moment donné et dans un espace donné, quels textes sont *en jeu* et quels textes sont *hors du jeu* ; de même qu'il importe de voir ce qui, dans un même texte, peut être en jeu et hors jeu.

À ce niveau, il s'agirait d'une étude diachronique de la modification de cette certitude constitutive. En effet, si l'on peut, à un moment donné, percevoir cette certitude comme une sorte d'invariant, on peut aussi, en faisant une étude historique, se rendre compte que cet invariant est toujours, en réalité, variable. Aussi, il s'agirait de voir comment et pourquoi (peut-être en raison d'éléments extérieurs au champ juridique) cette certitude se trouve modifiée.

Par ailleurs, si l'on reprend cette idée de rupture avec la philosophie du Sujet, on pourrait voir le droit comme un phénomène global de communication, d'interactions et d'inter-compréhensions, d'énonciations et d'interprétations. En ce sens,

¹ B. SPAIĆ, « Epistemic Authority and Legal Interpretation », p. 5 (non publié, disponible ici : [https://www.academia.edu/34129413/Epistemic_Authority_and_Legal_Interpretation]).

les interprétations seraient, non seulement en nombre très élevé, mais surtout *perpétuelles*. Cela veut dire qu'il n'y aurait aucune « interprétation authentique » qui viendrait arrêter le sens d'un texte et énoncer la norme¹.

C'est en effet contre cette idée kelsénienne d'une interprétation authentique qu'il convient de se placer. En effet, si l'on considère que les textes sont indéterminés, il faut bien voir que ce que produisent les juridictions (et donc, y compris les juridictions suprêmes), ce sont aussi des textes qui devront être interprétés². Or, dans ce sens, une juridiction ne peut jamais transmettre une norme, comme le dit Stéphane Rials : « Comment une norme, et non un énoncé, serait-elle posée ? »³.

Aussi, il faut considérer que la science du droit ne peut se borner à décrire les actes interprétatifs des juridictions⁴, mais qu'elle doit aussi s'intéresser aux actes interprétatifs des autres acteurs juridiques⁵, qui se livrent donc à des interprétations d'interprétations. Cette question, Kelsen ne la pose pas. Et finalement, on peut se demander si l'interprétation authentique, car elle permet au texte de reconquérir « un sens et un sens unique »⁶, n'est pas, comme l'idée de l'interprétation exacte, une fiction dont la fonction serait de maintenir « l'idéal de sécurité juridique »⁷.

Ainsi, la rupture avec la notion d'interprète authentique permettrait de ne pas s'arrêter à la pratique juridictionnelle mais d'ouvrir le champ d'étude à d'autres acteurs qui se livrent aussi à des interprétations, et donc aussi à des interprétations d'interprétations dites « authentiques ». Car en effet, tout le monde doit interpréter, et, dans un certain sens, énoncer la norme : pour les autres ou pour soi-même.

Une telle étude pourrait ainsi consister en une analyse *synchronique* de l'interprétation doctrinale des décisions juridictionnelles. En effet, il faut considérer que

¹ Il faut voir le droit comme un phénomène – et non comme un processus – qui n'a ni commencement ni fin : ni lieu originaire d'énonciation de la norme, ni lieu ultime de détermination du sens.

² Alors que Kelsen le remarquait lui-même : tout le monde doit interpréter : les individus qui doivent « comprendre le sens des normes juridiques » et la science du droit qui « s'attache à décrire un droit positif » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, La Pensée juridique, 1999, p. 335).

³ S. RIALS, « La révolution inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le Sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique » *Droits*, 2003/1 (n°37), p. 73.

⁴ Ce qui ne veut pas dire qu'elle ne doit pas le faire, contrairement à ce qu'a soutenu Otto Pfersmann qui, sans doute en raison d'une disposition scholastique (impliquant un certain amour des belles constructions théoriques), a cru pouvoir détruire une théorie en montrant qu'elle n'était pas *close*. Cette question a fait l'objet d'un débat avec Michel Troper. Voir O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/4 (n°52), p. 789-836 ; M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/2 (n°50), p. 335-353 ; O. PFERSMANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/4 (n°52), p. 759-788.

⁵ Il est ici question d'*acteurs* et non d'*autorités* : les acteurs juridiques font partie du champ juridique et jouent aux jeux de langage qui y ont cours, les autorités juridiques sont habilitées par des règles de droit pour prendre certaines décisions. Le concept d'acteur est alors plus large, il englobe celui d'autorité.

⁶ S. RIALS, art. cité, p. 72.

⁷ H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 342.

la doctrine joue un rôle tout à fait central dans la *construction du sens* de la jurisprudence et des décisions¹ – et donc également des juridictions suprêmes qui ne peuvent transmettre des normes mais seulement des textes (aux autres juridictions, et notamment subordonnées², aux individus...) – car le sens de la décision ne vient jamais du texte lui-même mais de l'action interprétative de la communauté juridique.

La doctrine semble ainsi jouer un rôle central de *représentation* de l'action des juges, en ce sens qu'elle est en mesure de produire une *image* de l'action jurisprudentielle, du droit tel qu'il est appliqué. Car en effet, que l'on pense ou non avec Gray que « only what judges lay down is law »³, que l'on considère que les juges pourraient mal appliquer les règles de droit positif⁴, ou que l'on croit qu'il existe un droit naturel qui devrait être réalisé positivement, on tient toujours compte du fait qu'il existe une application du droit.

Or, il semble alors essentiel de se demander comment se construit cette représentation de l'application du droit, c'est-à-dire de ne pas s'arrêter à l'étude des décisions juridictionnelles mais de passer à *l'étude de l'étude* des décisions juridictionnelles, d'adopter un point de vue sur le point de vue.

Alexandre Laborde-Menjaud

■ Doctorant contractuel à l'Université Paris Nanterre.

¹ « La positivité d'une règle ne ressort pas directement du texte de l'arrêt de la Cour. Il faut l'intervention d'un interprète, le juriste, qui va traduire en une série d'énoncés, prescriptifs et prohibitifs, ou permissifs, la conclusion qui se dégage de l'arrêt ». (É. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1985), p. 275.

² Si la norme pouvait être immédiatement communiquée, quel sens y aurait-il à parler d'action « pédagogique » des hautes juridictions ? Voir notamment P. BRUNET, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société*, 2015/3 (n°91), p. 545-561.

³ J. CHIPMAN-GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, New-York, Macmillan, 1948, p. 93.

⁴ Ces deux premières conceptions constituent deux formes de positivisme juridique.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

ALLAND, Denis et **RIALS, Stéphane**, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

AMSELEK, Paul (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann* (journées d'étude, Strasbourg, 27-28 septembre 1985), Paris, Economica, 1999.

ARNAUD, André-Jean, *Les juristes face à la société – Du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975.

AUSTIN, John Langshaw :

—, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1991 (1^e. éd. 1970).

—, *Le langage de la perception*, Paris, Vrin, 2007. (1^e. éd. : 1971).

BARTHÉLÉMY, Joseph et **DUEZ, Paul**, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933 (2^e. éd.).

BAUMERT, Renaud, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Paris, LGDJ, Varenne, 2009.

BEAUD, Olivier, et **WACHSMANN, Patrick** (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997.

BLONDEL, André, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, étude critique comparative : États-Unis, France, Aix-en-Provence*, Paul Roubaud, 1927.

BOURDIEU, Pierre :

—, *La distinction – Critique sociale du jugement*, Paris, Éditions de minuit, 1979. :

—, *Langage et pouvoir symbolique*, Fayard, Points, 2014.

—, *Méditations pascaliennes*, Paris, Seuil, Essais, 2003. 1^e. éd. : collection *Liber*, 1997.

—, *Science de la science et réflexivité – Cours du Collège de France 2000-2001*, Paris, Raisons d'Agir, 2001.

—, *Sur l'État – Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris, Raisons d'agir/Seuil, 2012.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond :

—, *Contribution à la théorie générale de l'État – Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, 2004. 1^{ère} éd. Paris, Sirey, 1920 (T. 1), 1922 (T. 2).

—, *La loi, expression de la volonté générale – Étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Economica, Collection « Classiques », 1984. 1^{ère} éd. : Paris, Sirey, 1931.

—, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, Paris, Sirey, 1933.

CAUQUELIN, Anne, *L'art du lieu commun – Du bon usage de la doxa*, Paris, Seuil, 1999.

CHAGNOLLAUD, Dominique, *Aux origines du contrôle de constitutionnalité (XVIII^{ème} – XX^{ème} siècle)*, Paris, Éditions Panthéon Assas.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014.

CHARCONNET, Jean, *Analogie et logique naturelle – Une étude des traces linguistiques du raisonnement analogique à travers différents discours*, Berne, Peter Lang, 2003.

CHIPMAN-GRAY, John, *The nature and sources of the Law*, New-York, Macmillan, 1948.

DELEUZE, Gilles, *Logique du sens*, Paris, Les Éditions de minuit, 1969.

DUGUIT, Léon :

—, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913.

—, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, (4^{ème} éd.), 1923.

—, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1927 (3^e éd.), vol. 1.

—, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1930 (3^e éd.), vol. 3.

EISENMANN, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Économica, Aix-en-Provence, PUAM, 1986, 1^e éd. 1928

ESMEIN, Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1914 (6^{ème} éd.).

FOUCAULT, Michel, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, Tel, 2015. 1^{ère} éd. 1969.

FOUILLÉ, Alfred, *La philosophie de Platon*, T. 1, Paris, Hachette, 1922.

GRENET, Paul, *Les origines de l'analogie philosophique dans les dialogues de Platon*, Paris, Boivin, 1948.

HAURIOU, Maurice :

—, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923 (1^e éd.).

—, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929 (2^e éd.).

HERRERA, Carlos Miguel, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997.

HIRSCHMAN, Albert O., *The rhetoric of reaction : Perversity, Futility, Jeopardy*, The President and Fellows of Harvard College, 1991. Trad. fr. : *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, Paris, Fayard, 1991. Traduit de l'anglais (États-Unis) par Pierre Andler.

JAMES, William, *Introduction à la philosophie*, Paris, Les Empêcheurs de penser en rond, 2006.

JESTAZ, Philippe et **JAMIN, Christophe**, *La doctrine*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2004.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1962. Trad. Ch. Eisenmann.

LAMBERT, Édouard, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005. 1^{ère} éd. : M. Giard, 1921.

LEBLANC, Jacques, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier, en France, la constitutionnalité des lois*, Paris, PUF, 1924.

LORGNIER, Jacques, **MARTINAGE, Renée**, **ROYER, Jean-Pierre**, (dir.) *Justice et République(s)*, Hellemes, Ester 1993.

MACCORMICK, Neil et **SUMMERS, Robert**, (dir.), *Interpreting precedents*, Dartmouth, Ashgate, 1997.

MARCUSE, Herbert, *L'homme unidimensionnel*, Paris, Éditions de minuit, 1968.

MAULIN, Éric, *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, Léviathan, 2003.

OLIVECRONA, Karl, *Law as fact*, London, Oxford University Press, 1939

PASCAL, Blaise, *Pensées*, Paris, Godefroy, Les Géants, 1986

PERELMAN, Chaïm :

Avec **Olbrechts-Tyteca, Lucie**, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008 (6^e éd.).

—, *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979.

PINON, Stéphane, *Les réformistes constitutionnels des années 1930. Aux origines de la Vème République*, Paris, LGDJ, 2003.

PINON, Stéphane et **PRELOT, Pierre-Henry** (dir.), *Le droit constitutionnel d'Ad-hémar Esmein*, Paris, Monchrestien, Lextenso 2009.

REDOR, Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit – L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Économica, 1992.

SCHMITT, Carl, *La notion de politique*, Paris, Flammarion, Champs Classiques, 1992.

SEARLE, John, R., *The construction of social reality*, New-York, Free press, 1995. Trad. fr. C. Tiercelin, *La construction de la réalité sociale*, Paris, NRF, Essais, Gallimard, 1998.

SERVERIN, Évelyne, *De la jurisprudence en droit privé – Théorie d’une pratique*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1985.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 2010. —, Choix de textes, introduction, notes, bibliographie et glossaire par Ph. Raynaud.

TROPER, Michel :

—, *La théorie du droit, le droit, l’État*, Paris, PUF, Léviathan, 2001.

—, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, Léviathan, 2011.

VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013 (2^e. éd.).

WEBER, Max :

Essai sur la théorie de la science, Paris, Plon, 1965. Trad. J. Freund.

Le savant et le politique, Paris, La découverte, 2003. Trad. C. Colliot-Thélène.

WITTGENSTEIN, Ludwig :

—, *De la certitude*, Paris, Gallimard, NRF, Bibliothèque de philosophie, 2006. Traduit de l’allemand (*Über Gewissheit*) et présenté par D. Moyal-Sharrock.

—, *Leçons et conversations sur l’esthétique, la psychologie et la croyance religieuse*, Paris, Gallimard, Folio essai, 1992. Textes établis par Cyril Barrett, traduit de l’anglais par Jacques Fauve.

—, *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, NRF, Bibliothèque de philosophie 2004. Traduit de l’allemand (*Philosophische Untersuchungen*) par F. Dastur, M. Elie, J-L, Gautero, D. Janicaud et E. Rigal.

ZOLLER, Élisabeth, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

BEAUD, Olivier, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d’explication d’une doctrine constitutionnelle », in **Beaud, Olivier** et **Wachsmann, Patrick** (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997

BERTHÉLÉMY, Henri :

—, « Les limites du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*, 1925, vol. 125, n° 373, p. 355-369.

—, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *Séance et travaux de l’Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu de séance*

—, « Les lois inconstitutionnelles devant les juges », *Revue politique et parlementaire*, 1927, vol. 133, n° 396, p. 183-188.

Avec G. Jèze : « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », in *Revue du droit public*, 1912, vol. 22, p. 138-156.

BOURDIEU, Pierre : « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 64, 1986. p. 3-19.

BRUNET, Pierre :

—, « Questions sur ce que pourrait décrire une science du droit », *Analisi e diritto*, 2014, 273-279.

—, « Le droit est-il dans la tête ? », *Jus politicum* n° 8.

—, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société*, 2015/3 (n° 91), p. 545-561.

BURDEAU, Georges, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie et de sociologie du droit*, n° 1, 1939, pp. 12-19.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond :

—, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927, vol. 132, n° 394, p. 339-354.

—, « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 144-161.

CAYLA, Olivier :

—, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 106-141.

—, « Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n° 7, p. 77-86.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la Constitution », in **Troper, Michel** et **Chagnollaud, Dominique** (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 733-764.

CHEVALLIER, Jacques, « Doctrine juridique et science juridique », in *Droit et société*, 2002/1, n° 50, p. 103-120.

CHEVALLIER, Jacques et **LOCHAK, Danièle**, « Les juristes dans l'espace public », in *Droit et société*, 2016/2, n° 93, p. 359-374.

COURVOISIER, Claude, « 1925, Une année folle pour l'exception d'inconstitutionnalité – A propos d'un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine » in **Lorgnier, Jacques**, **Martinage, Renée** et **Royer, Jean-Pierre** (dir.) *Justice et République(s)*, Hellemes, Ester 1993, p. 269-270.

DUEZ, Paul, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France : comment il convient de poser la question », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929.

FAVOREU, Louis, « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle », in **Amselek, Paul** (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann* (journées d'étude, Strasbourg, 27-28 septembre 1985), Paris, Économica, 1999. [Maintenant reproduit in C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Économica, Aix-en-Provence, PUAM, 1986].

GUASTINI, Riccardo, « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, n° 19, 2013.

JAMIN, Christophe, « Dix-neuf cent : Crise et renouveau dans la culture juridique », in **Alland, Denis** et **Rials, Stéphane** (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 380-384.

JEZE, Gaston :

—, « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », *Revue générale d'administration*, 1895, vol. 2, p. 402-415, et vol. 3, p. 32-44.

Avec H. Berthélémy : « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », *Revue du droit public*, 1912, vol. 22, p. 138-156.

—, « Valeur juridique des 'Déclarations des droits' et des 'Garanties des droits' », *Revue du droit public*, 1913, vol. 30, p. 685-688.

KELSEN, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *Revue du droit public*, 1928, vol. 45, p. 197-257. Traduit de l'allemand par Charles Eisenmann.

LARNAUDE, Ferdinand :

—, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays, au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, n° 3, p. 175-225. Discussion : « Discussion sur la communication de M. F. Larnaud », *Bulletin mensuel de la société de législation comparée*, 1902, n° 4-5, p. 240-257.

—, « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », *Revue politique et parlementaire*, 1926, vol. 126, n° 375, p. 181-199.

LAROQUE, Pierre, « Les juges français et le contrôle de la loi », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1926, vol. 43, p. 722-736.

LAUGIER, Sandra, « Performativité, normativité et droit », *Archives de philosophie*, 2004/4 (Tome 67), p. 607-627.

LE PILLOUER, Arnaud, « Les contraintes d'un paradoxe : les lois constitutionnelles inconstitutionnelles. Réflexions à partir du cas indien », *Droits*, 2012/1, n° 55, p. 113-128.

MAULIN, Éric, « Réforme de l'État et contrôle de la constitutionnalité des lois sous la III^{ème} République – Charles Benoist et Jacques Bardoux », in **Chagnollaud, Dominique** (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité (XVIII^e – XX^e siècle)*, Paris, Éditions Panthéon Assas, p. 55-82.

MILLARD, Éric :

—, « La hiérarchie des normes. Une critique sur un fondement empiriste », *Revus*, 21/2013, p. 163-200.

—, « Qui sont les opérateurs juridiques de Guastini ? », *Analisi e Diritto*, 2014, p. 103-113.

MILET, Marc, « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier », *Revue française de science politique*, n° 6, 1999, p. 783-802.

NUÑEZ VAQUERO, Alvaro, « Dogmatica jurídica », *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, n° 6, marzo-agosto 2014, p. 245-260.

PFERSMANN, Otto :

—, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », in **Beaud, Olivier** et **Wachsmann, Patrick** (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997.

—, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/4 (n° 52), p. 789-836.

—, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/4 (n° 52), p. 759-788.

PISIER, Évelyne, « Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes... », *Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1987.

RIALS, Stéphane, « La révolution inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le Sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, 2003/1 (n° 37), p. 49-86.

SACRISTE, Guillaume, « Adhémar Esmein et son époque – Un légiste au service de la République », in **Pinon, Stéphane** et **Prélot, Pierre-Henry** (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Monchrestien, Lextenso 2009, p. 9-42.

SEUROT, Laurent, « L'exception d'inconstitutionnalité des lois et la doctrine du Conseil d'État », *VIII^e Congrès français de droit constitutionnel*.

SPAIC, Bojan, « Epistemic authority and legal interpretation », p. 5 [https://www.academia.edu/34129413/Epistemic_Authority_and_Legal_Interpretation].

TROPER, Michel :

—, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, Léviathan, 2011.

—, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 2001, p. 173-193.

—, « Science du droit et dogmatique juridique », in *La Théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 2001, p. 3-18.

et **GRZEGORCZYK, Christophe**, « Precedent in France », in **N. MacCormick** et **R. Summers** (dir.), *Interpreting precedents*, Dartmouth, Ashgate, p. 103-140.

« Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/2 (n° 50), p. 335-353.

TUSSEAU, Guillaume, « Sur métalangage du comparatiste – De la prétention à la neutralité à l’engagement pragmatiste », *Revus*, n° 21, 2013.

VERPEAUX, Michel, « Le contrôle de la loi par voie d’exception dans les propositions parlementaires sous la III^{ème} République », *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, n° 4, p. 688 et s.

NOTES DE JURISPRUDENCE

BERTHÉLÉMY, Henri, note sous Tribunal d’Ilfov, 2 février 1912, *Pandectes françaises périodiques*, 1912.

EISENMANN, Charles, « Conseil d’État, 6 nov. 1936, *Arrighi, Coudert* », *Recueil Dalloz*, 1938, 3^{ème} partie, p. 1-8.

HAURIOU, Maurice :

—, *Notes d’arrêts sur les décisions du Conseil d’État, et du Tribunal des conflits, publiées au recueil Sirey de 1882 à 1928*, Paris, Sirey, 1929, vol. 1 :

—, « Affaire *Heyriès*, Conseil d’État, 28 juin 1918 », p. 78-84. Parue au Sirey en 1922 (III^{ème} part., p. 49 et s.).

Notes d’arrêts sur les décisions du Conseil d’État, et du Tribunal des conflits, publiées au recueil Sirey de 1882 à 1928, Paris, Sirey, 1929, vol. 3 :

—, « Affaires *Winkell* et *Rosier*, Conseil d’État, 7 août 1909 », p. 154-174. Parue au Sirey en 1909 (III^{ème} part. p. 145 et s.).

—, « Affaire *Tichit*, Conseil d’État, 1^{er} mars 1912 », p. 174-181. Parue au Sirey en 1913 (III^{ème} part., p. 137 et s.).

JÈZE, Gaston :

—, « Jurisprudence judiciaire », *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l’étranger*, 1904, p. 111-116.

—, « Conséquences d’une grève de fonctionnaires sur leur condition juridique – Conseil d’État, 7 août 1909, *Winkel, Rosier*, 2 arrêts », *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l’étranger*, 1909, p. 494-505.

—, « Le contrôle juridictionnel des lois », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 1924, vol. 41, p. 399-430.

INTERVENTIONS DANS LA PRESSE

BERTHÉLÉMY, Henri, « La commission d’enquête de la chambre et le serment », *Le Temps*, 15 nov. 1925, p. 4.

DUGUIT, Léon, « La commission d’enquête de la chambre et le serment », *Le Temps*, 19 nov. 1925, p. 3.

HAURIOU, Maurice, « La commission d’enquête de la chambre et le serment », *Le Temps*, 27 déc. 1925, p. 2.

CONCLUSIONS

BLUM, Léon, « Conseil d’État, 26 juillet 1918, *Lemonnier* », *Recueil Lebon* 1918, p. 766 et sq.

LATOURNERIE, Roger, « Conseil d'État, 6 nov. 1936, *Arrighi, Coudert* », *Recueil Dalloz*, 1938, 3^{ème} partie, p. 1-8.

COURS ET SÉMINAIRES (2016-2017)

CAYLA, Olivier « La lettre et l'esprit ».

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, « Raisonement juridique ».

GUÉRIN-BARGUES, Cécile, « Eisenmann, un kelsénien ? ».

HALPÉRIN, Jean-Louis, « Les métamorphoses de l'ordre juridique allemand au XX^e siècle ».

LE PILLOUER, Arnaud, « Méthodologie » et « La neutralité axiologique ».

MILLARD, Éric, « Théorie générale du droit ».

ANNEXES

Annexe I : Loi du 25 février 1875, article 8

« Les chambres auront le droit, par délibérations séparées prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit sur la demande du Président de la République, de déclarer qu'il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles.

Après que chacune des deux chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en Assemblée nationale pour procéder à la révision.

Les délibérations portant révision des lois constitutionnelles, en tout ou en partie, devront être prises à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale.

Toutefois, pendant la durée des pouvoirs conférés par la loi du 20 novembre 1873 à M. le maréchal de Mac-Mahon, cette révision ne peut avoir lieu que sur proposition du Président de la République ».

Annexe II : Lois des 16-24 août 1790, Titre 2

Article 10

« Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture ».

Article 11

« Ils seront tenus de faire transcrire purement et simplement dans un registre particulier, et de publier dans la huitaine, les lois qui leur seront envoyées ».

Article 12

« Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ».

Annexe III : Constitution de 1791, chap. 5, art. 3

« Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

Annexe IV : article 127 Code pénal de 1810

« Seront coupables de forfaiture, et punis de la dégradation civique :

1^o Les juges, les procureurs généraux ou de la République, ou leurs substituts, les officiers de police, qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées ;

2^o Les juges, les procureurs généraux ou de la République, ou leurs substituts, les officiers de police judiciaire, qui auraient excédé leur pouvoir, en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives, soit en faisant des règle-

ments sur ces matières, soit en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration, ou qui, ayant permis ou ordonné de citer des administrateurs pour raison de l'exercice de leurs fonctions, auraient persisté dans l'exécution de leurs jugements ou ordonnances, nonobstant l'annulation qui en aurait été prononcée ou le conflit qui leur aurait été notifié ».

Annexe V : Cass. Crim. 11 mai 1833.

Cour de cassation

Chambre criminelle

Audience publique du 11 mai 1833

Publié au bulletin

Annulation

Rapp. M. Thil, conseiller apporteur

Av.Gén. M. Parant, avocat général

Av. Demandeur : Me Crémieux, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

ANNULATION, sur le pourvoi du sieur Jean-Baptiste-Alexandre Paulin, gérant du journal le National ; d'un Arrêt contre lui rendu par la Cour d'assises du département de la Seine, le 30 mars dernier.

Suit la teneur de l'arrêt :

OUI le rapport de M. le conseiller Thil ; les observations, pour le demandeur, de Me Crémieux, avocat en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général Parant ;

Sur le premier moyen, tiré de la prétendue inconstitutionnalité de l'article 16 de la loi du 25 mars 1822 et de l'article 3 de la loi du 8 octobre 1830, et de la violation des articles 69 et 70 de la Charte :

Vu l'article 16 de la loi du 25 mars 1822 et l'article 3 de la loi du 8 octobre 1830 ;

Et attendu que l'article 69 de la Charte de 1830, en déclarant qu'il serait pourvu, dans le plus court délai possible, à l'application du jury aux délits de la presse, a laissé provisoirement subsister la législation antérieure relative à la poursuite desdits délits ;

Que l'article 70, qui annule et abroge dès à présent les lois et ordonnances en ce qu'elles ont de contraire aux dispositions adoptées pour la réforme de la Charte, n'a pas dès lors annulé et abrogé l'article ci-dessus cité de la loi du 25 mars, relatif au mode de poursuite spécialement autorisé en cas de mauvaise foi ou d'infidélité dans le compte rendu des audiences des cours et tribunaux ;

Attendu que la loi du 8 octobre 1830, rendue pour l'exécution de l'article 69 de la Charte, tout en attribuant par son article 1er la connaissance des délits commis par la voie de la presse aux cours d'assises, a expressément maintenu dans son article 3 le droit conféré aux cours et tribunaux par l'article 16 de la loi du 25 mars ;

Attendu que la loi du 8 octobre, délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité ;

Sur le deuxième moyen, tiré des articles 79, 80, 81, 82 du décret du 6 juillet 1810, et du prétendu excès de pouvoir commis par la cour d'assises dans son arrêt du 11 mars dernier, par lequel elle s'est adjoint M. Z... pour assister aux débats du procès de Bergeron et Benoît, et remplacer celui de ses membres qui se trouverait empêché ;

Vu la loi du 25 brumaire an VIII et les articles 264 et 394 du Code d'instruction criminelle ;

Et attendu que le décret du 6 juillet 1810, qui trace des règles pour la formation des cours d'assises, soit par le ministre de la justice, soit par les premiers présidents des cours royales, ne leur interdit pas de s'adjoindre des magistrats pour suivre les débats des affaires portées devant elles et remplacer ceux de leurs membres que ne pourraient continuer à siéger ;

Que le droit qu'exercent à cet égard les cours d'assises est dans l'intérêt de la bonne administration de la justice et de la prompte expédition des procès ;

Que ce droit a été attribué aux tribunaux criminels par la loi du 25 brumaire an VIII, qui, en cette partie et malgré la substitution des cours d'assises auxdits tribunaux, doit être considérée comme ayant posé un principe toujours subsistant ;

Que ce principe résulte d'ailleurs virtuellement de l'article 264 du Code d'instruction criminelle, relatif au remplacement des juges de la cour royale, en cas d'absence ou de tout autre empêchement, et de l'article 394 du même code, qui autorise les cours d'assises, lorsqu'un procès criminel paraît de nature à entraîner de longs débats, à ordonner qu'indépendamment de douze jurés il en sera tiré au sort un ou deux pour assister auxdits débats et remplacer les jurés qui seraient empêchés de les suivre jusqu'à la déclaration définitive du jury ;

Qu'ainsi l'arrêt du 11 mars ne viole point les dispositions du décret du 6 juillet 1810, et n'a commis aucun excès de pouvoir ;

Sur le troisième moyen, résultant de la prétendue violation de l'article 16 de la loi du 22 mars 1822, en ce que M. Z... n'avait pas tenu l'audience du 13 mars, puisqu'alors la cour d'assises était restée composée de MM. X..., de Chaubry et de la Râchée :

Attendu que le 18 mars, et lorsque Paulin a comparu sur la citation du 14 du même mois devant la cour d'assises, M. de Y..., légitimement empêché, a été remplacé par M. Z..., qui avait assisté à tous les débats, en exécution de l'arrêt du 11 mars déjà cité, et dès lors siégé à l'audience du 13 dont Paulin était prévenu d'avoir rendu un compte infidèle et de mauvaise foi ;

Qu'à l'instant où le remplacement de M. de Y... par M. Z... est devenu nécessaire et a été opéré, celui-ci a dû être considéré comme ayant toujours fait partie de la cour d'assises pendant les débats de l'affaire de Bergeron et Benoît, et conséquemment comme ayant tenu l'audience du 13 mars ;

D'où il suit que, le 18 mars, la cour d'assises était régulièrement composée et a pu, sans violer l'article 16 de la loi du 25 mars, connaître de l'action dirigée contre Paulin ;

Sur les quatrième, cinquième et sixième moyens, fondés sur de prétendues violations des articles 1er, 4 et 17 de la loi du 26 mai 1819, 4 de la loi du 8 octobre 1830, 2 (par. 1er, 2 et 3) de la loi du 8 avril 1831, et résultant : 1^o de ce que la citation donnée à Paulin ne lui avait point accordé un délai de dix jours, 2^o de ce qu'on ne lui avait pas notifié un réquisitoire articulant et qualifiant le délit, et une ordonnance du président de la cour d'assises fixant le jour de l'audience ; 3^o de ce que le ministère public n'avait pas obtenu, avant d'intenter action, une autorisation spéciale de la dite cour d'assises ;

Attendu que les délais, formalités et autorisations prescrits en matière de délits de la presse, lorsque leurs auteurs sont traduits directement devant le jury par le ministère public, ne sont point applicables aux poursuites portées devant les tribunaux pour raison des comptes rendus de leurs audiences et en exécution des articles 7 et 16 de la loi du 25 mars et 3 de celle du 8 octobre ;

Qu'en ce cas les règles générales du droit criminel doivent seules être suivies ;

Et attendu que le délai de trois jours francs accordé au demandeur par la citation du 14 mars est celui fixé par l'article 184 du Code d'instruction criminelle pour les ajournements en matière correctionnelle ;

Que cette citation est libellée, articule et spécifie le délit imputé au demandeur et cite la loi pénale applicable à ce délit ;

Que de droit commun la poursuite d'office de tous les délits appartient au ministère public, qui n'est point assujéti à attendre la plainte ou l'autorisation préalable des personnes ou des corps que les délits concernent, à moins d'exception expresse établie par la loi ;

Que les articles 16 de la loi du 25 mars 1822 et 3 de celle du 8 octobre 1830, en vertu desquels le demandeur a été traduit devant la cour d'assises, n'obligeaient point le ministère public à obtenir préalablement de ladite cour l'autorisation de poursuivre ; Que d'ailleurs, dans le cas d'infidélité ou de mauvaise foi du compte rendu des audiences d'un tribunal, le délit doit être poursuivi, bien moins dans l'intérêt des magistrats qui peuvent être injuriés dans ce compte rendu, que dans l'intérêt de l'ordre public ;

Par ces motifs, LA COUR, statuant sur les premier, deuxième, troisième, quatrième, cinquième et sixième moyens du demandeur et sur son pourvoi du 22 mars, frappant les arrêts contradictoires du 19 du même mois, rejette lesdits moyens et ledit pourvoi ;

En ce qui touche le pourvoi contre les arrêts du 30 mars qui ont refusé d'accorder le sursis demandé par Paulin, et sur lesquels portent les septième et huitième moyens de cassation, articulant excès de pouvoir et incompétence de la cour d'assises, et violation de l'article 416 du Code d'instruction criminelle ;

Sur le septième moyen :

Attendu que quoique les arrêts du 19 mars qui ont prononcé sur les prétendues irrégularités de la poursuite du ministère public soient définitifs, ils doivent être rangés dans la classe des arrêts préparatoires et d'instruction dont le pourvoi est ouvert après l'arrêt ou jugement définitif, et sans que l'exécution volontaire puisse être opposée comme fin de non-recevoir ;

Attendu que le même caractère doit être assigné à l'arrêt du même jour 19 mars, qui n'a pas admis le moyen d'incompétence fondé sur ce que M. Z... n'avait pas tenu l'audience du 13 mars ; Que ce moyen, en effet, n'était qu'une dénégation de sa qualité de juge pour l'affaire spéciale où il était appelé à siéger et non une véritable exception d'incompétence ;

Attendu dès lors qu'aux termes des dispositions de l'article 373 et de la première partie de l'article 416 du Code d'instruction criminelle, le pourvoi formé le 22 mars contre les arrêts n'était point suspensif et ne pouvait obliger la cour d'assises à surseoir ;

Sur le huitième moyen :

Vu l'article 416 du Code d'instruction, portant : "Le recours en cassation contre les arrêts préparatoires et d'instruction ou les jugements en dernier ressort de cette qualité ne sera ouvert qu'après l'arrêt ou jugement définitif : l'exécution de tels jugements ou arrêts préparatoires ne pourra en aucun cas être opposée comme fin de non-recevoir.

La présente disposition ne s'applique point aux arrêts ou jugements rendus sur la compétence" ;

Et attendu qu'à l'audience de la cour d'assises du 19 mars, le demandeur a prétendu que l'article incriminé de la feuille du journal le National, du 14 mars précédent, n'était pas le compte rendu des audiences de ladite cour et a conclu, en conséquence, à ce qu'elle se déclarât incompétente ;

Qu'après avoir joint au fond ce moyen d'incompétence, *ratione materiae*, la cour y a fait définitivement droit par son arrêt de défaut du 20 mars et en a débouté le demandeur ;

Que, si le pourvoi du 22 mars ne portait pas sur cet arrêt, Paulin l'a expressément attaqué par un pourvoi fait au greffe de la cour d'assises, le 30 mars ;

Attendu qu'à l'audience du 30 mars le demandeur a excipé de ses pourvois des 22 et 30 mars qu'il prétendait également dirigés contre l'arrêt de compétence du 20 du même mois, et a demandé, en conséquence, qu'il fût sursis provisoirement à prononcer sur son opposition audit arrêt ;

Que la cour d'assises a refusé d'accorder un sursis, parce qu'elle a considéré, d'une part, que le pourvoi du 22 mars n'attaquait pas l'arrêt du 20, et, d'une autre part, que le pourvoi du 30 mars n'était pas fait en temps utile ;

Attendu qu'en prononçant ainsi, quant au pourvoi du 22 mars, la cour d'assises s'est arrêtée aux termes mêmes de l'acte qui lui était représenté et qui ne nécessitait aucune interprétation ;

Mais attendu qu'elle a dépassé les limites de sa compétence, et commis un excès de pouvoir en jugeant que le pourvoi du 30 mars n'était pas fait en temps utile et ne pouvait dès lors motiver la demande en surséance ;

Qu'en effet, la Cour de cassation, saisie par ce pourvoi, était seule compétente pour statuer sur sa recevabilité, et qu'il suffisait qu'il frappât sur l'arrêt de compétence du 20 mars, pour qu'il fût de plein droit suspensif et dût faire surseoir à toute exécution dudit arrêt et au jugement de l'opposition du 25 mars, jusqu'à ce que la Cour de cassation eût prononcé ;

Qu'il y a donc lieu d'accueillir le pourvoi du 2 avril contre le premier arrêt du 30 mars, pour violation tout à la fois de la seconde disposition de l'article 416 et de l'article 373 du Code d'instruction criminelle ;

Et attendu d'ailleurs que le pourvoi du 30 mars a été fait après l'opposition à l'arrêt par défaut du 20 du même mois, et quand cette opposition conservait encore toute sa force ; que dès lors il est non recevable ;

LA COUR, faisant d'abord droit audit pourvoi, le déclare purement et simplement non recevable ;

Et, statuant sur celui du 2 avril, casse et annule le premier arrêt du 30 mars et tout ce qui en a été la suite, pour incompétence et excès de pouvoirs ;

Et, sans entendre rien préjuger sur l'exception d'incompétence à raison de la matière, ni sur les moyens du fond, renvoie Paulin et les pièces du procès devant la cour d'assises du département de Seine-et-Oise ;

Publication : Bulletin 1833 N° 182

Décision attaquée : Cour d'Assises de la Seine , du 30 mars 1833

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).